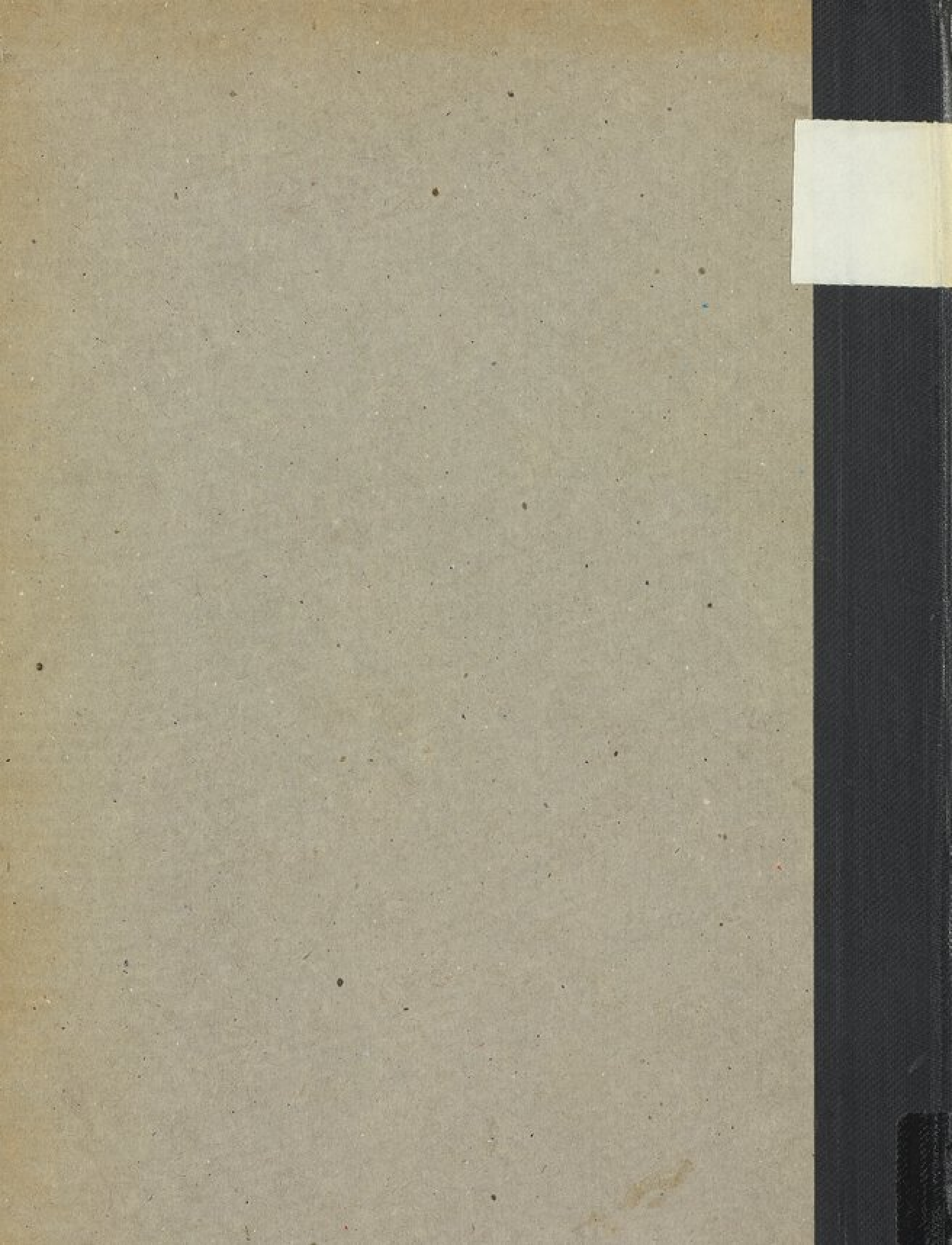


DATE	ISSUED TO
FEB 4 1965	Bindery

2271.3515.322
al-Hilli
Buhuth fiqhiyah

DATE	ISSUED TO
FEB 4 1965	Bindery

DATE ISSUED	DATE DUE	DATE ISSUED	DATE DUE



عز الدين بحر العلوم

بحوث فقهية

من محاضرات آية الله العظمى
الشيخ حسين الحلي

- دام ظله -

مطبعة الآداب - النجف - تلفون ٨٩٨

١٣٨٤ هـ — ١٩٦٤

عز الدين بحر العلوم

بحوث فقهية

من محاضرات آية الله العظمى
الشيخ حسين الحلي

مطبعة الآداب ـ النجف ـ تلفون ٨٩٨
١٣٨٤ هـ ـــ ١٩٦٤ م

بسم الله الرحمن الرحيم

والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين محمد وآله الطاهرين

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على خير خلقه محمد وآله الطاهرين
وبعد فقد كثر الحديث والتساؤل عن موقف الشريعة الإسلامية المقدسة من بعض
المسائل المهمة التي تقتضيها طبيعة عصورنا هذه ولم تكن موجودة في عصر الرسالة وعصور
حملتها من أئمة أهل البيت عليهم السلام
وكان هذا من بواعث الرغبة في نفوس جملة من أفاضل أهل العلم ممن اعتادوا حضور
دروسنا في الفقه والأصول في أن نجعل هذه المواضيع محور الدرس والبحث
وإن ممن حضر تلك الدروس ووعاها ودوّن الكثير منها ولدنا الأعز العلامة السيد
عز الدين بحر العلوم وفقه الله ثم بدا له أن يوسع في بحوثها ويعززها بجملة من
المصادر الحديثة التي عنيت بتحديد موضوعاتها ويضيف إليها مواضيع لم يسبق
لي تدريسها لكنه استخلص رأيي فيها بالمذاكرة فكان له من ذلك كله هذا الكتاب الجليل
ولقد سرحت النظر في كل ما كتبه فوجدته قد دل على العناية فكرة وأسلوبا واستوعب
كل ما يتصل بها من بحوث ورأيت آرائي التي استقاها في مجلس الدرس والمذاكرة
ممثلة فيه بأمانة ودقة وهذا ما بعث في نفسي التفاؤل والأمل الكبير في أن
ما بذله من جهد في إعداده وما ناله من أهل الفضل في النجف الأشرف لم يذهب سدى
والحمد لله تم بل جاء بأطيب الثمرات
أخذ الله تعالى بيد مؤلفه الفاضل وبارك في جهوده ونفع به إخوانه من المؤمنين
إنه ولي التوفيق ٢٧ ذي الحجة الحرام ١٣٩٣

حسين الحلي

كلمة المؤلف

بسم الله الرحمن الرحيم

لم تكن الشريعة الاسلامية كبقية الشرائع السماوية السابقة محددة من حيث الزمن، أو هى مختصة بأمة من الناس. بل هى خاتمة الرسالات الالهية الى البشر حتى يختار الله لهذا الكون نهايته المقدرة، ولهذا فهى كفيلة باسعاد المجتمع، ومعالجة مشاكله، وإكمال نواقصه. فهى فى حقيقتها قانون إلهى للانسان، فلابد من تطبيق أحكامها، ورعاية مفرداتها، وهى فى الوقت نفسه أحكام توقيفية لا تخضع للتبدل الطارىء من تعاقب القرون لحلال محمد (ص) حلال الى يوم القيامة، وحرامه حرام الى يوم القيامة.

ولما كانت مقتضيات العصر المتخيلة لبعض المشرعين قد استدعت تشريع أحكام حسب ما استحدث من الوقائع كان من اللازم عرض هذه الأحكام على واقع الدين الاسلامى، وأحكامه الكلية المتسعة لكل زمان، ومكان، ومعرفة ماذا كانت ملاءمة لها أم لا وبيان أوجه المفارقة فيها ان كانت؟ والشريعة المقدسة - كما أسلفنا - لم تكن مختصة بطبقة خاصة، أو بأجيال

معينة ، بل هى رسالة السماء الى أبناء الأرض فى جميع الأزمنة مهما امتد عمر الأيام ، ولذا فلابد من معالجة ما يحدث ويجد من أمثال هذه المواضيع . وتقع مهمة المعالجة على عاتق رجال الفقه فهم السلطة التشريعية ، ولهم الكلمة الفصل فيها

وشعوراً بهذه الحاجة تقدمت مع عدد من اخوانى طلاب العلم والمعرفة الى سماحة شيخنا الأكبر آية الله العظمى الشيخ حسين الحلى - دام ظله - نلتمس منه التفضل بابداء رأيه فى هذه البحوث فى اطار البحث والتدريس ليقول كلمته فيها على ضوء ما تقرره الشريعة المقدسة .

واستجاب شيخنا الكبير لهذه الرغبة الملحة ، وألقى فى رمضان ١٣٨١ محاضراته فى هذه المواد التى أبسطها بين يدى القارىء :

ورغبة منى فى تعميم هذه المواضيع ، ونشرها بين يدى الناس رأيت من اللازم على أن أدعم هذه البحوث بشىء من النظريات الحديثة من مصادرها العصرية وآراء أهل الخبرة من الفنيين فيها .

ثم رأيت أن بعض المواضيع - وهى من مواضيع الساعة أيضاً وحاجة المجتمع اليها كبيرة - لم يبحثها - دام ظله - باعتبار أن الوقت المحدد لأمثال هذه الدروس قد انتهى ، وحرصاً على الاستفادة منه تتبعت آراؤه عن طريق المذاكرة والاستفتاء .

وأخرجتها بعد هذا كله للقراء حيث أضعها بين يديهم عسانى أن أكون قمت بخدمة دينية لاخوانى ممن يهمهم الوقوف على هذه الحقائق .

والله من وراء القصد

النجف الأشرف : عز الدين السيد على بحر العلوم

فى ٨ ذى الحجة ١٣٨٣

التأمين

حقيقة التامين وحاجة المجتمع اليه ، انواعه
الشروط الأولية والأركان المطلوبة في عقد التأمين
التأمين عقد رضائي ، وثيقة التأمين (البوليصة)
طبيعته من الناحية الدينية ، تطبيقه على الضمان
بحث فى الضمان واقسامه ، تطبيقه على الهبة ، تطبيقه
على الصلح ، عرضه على القواعد العامة ، عرضه
على الاصول العملية ، تنبيهات اربعة : ١ ـ التأمين
بالتقابل ، ٢ ـ التأمين المختلط مع الاشتراك
في الأرباح ، ٣ ـ موقف الشريعة من الفوائد
الربوية المترتبة عليه ، ٤ ـ اعادة التامين ٠

من المعاملات المستحدثة والتى لم تكن فى معرض التداول على عهد المشرع الاسلامى (عملية التأمين) .

والبحث عن هذا الموضوع من ناحيتين :

١ ـ حقيقة التأمين وحاجة المجتمع اليه .

٢ ـ طبيعته من الناحية الدينية ورأى شيخنا الحلى ـ دام ظله ـ فيه .

حقيقة التأمين وحاجة المجتمع اليه :

كل شىء فى هذه الحياة معرض الى الخطر بأوسع ما تشتمل عليه كلمة ـ كل شىء ـ من الأموال ، والنفوس ، وغيرهما .

والانسان مدفوع بدافع خفى من غريزته الى تحاشى الخطر وبذل أقصى ما يمكن فى سبيل تبعيد الأخطار عنه وعن ممتلكاته .

ولذا كانت فكرة التأمين من جملة الأشياء التى تبعد شبح الأخطار عن الانسان ـ سواء فى نفسه ، أو ممتلكاته ـ من غرق أو حريق أو سرقة أو وفاة وما شاكل هذه من الحوادث مما يؤمن له أو لأفراد عائلته قسطاً وافراً من المال والراحة بحيث تكون بمثابة التعويض عما يلحق الفرد من الخسائر والأضرار فى تلك المناسبات .

ماهو التأمين ؟

لا يخرج التأمين فى حقيقته عن كونه تعويضاً للانسان عن نتائج ما يقع عليه أو على الغير بواسطة حادثة من حوادث القضاء والقدر وذلك بمقتضى نظام تعاونى يقوم على القوانين والاحصائيات الحديثة . ولهذا عرف :

بانه إتفاق بين المؤمن ـ الشركة ـ من جهة وبين شخص أو عدة أشخاص يعبر عنهم بالمؤمن له أو لهم ـ طالب التأمين ـ من ناحية أخرى . وبمقتضى هذا الاتفاق يتعهد المؤمن ـ الطرف الأول ـ بأن يدفع للمؤمن له ـ الطرف الثانى ـ مبلغاً معيناً من المال أو ما يساويه بمجرد وقوع حادث معين مبين فى وثيقة العقد فى مقابل أن يدفع المؤمن له ، أو يتعهد بدفع مبلغ يتفق عليه الطرفان يسمى بقسط التأمين .

تاريخ التأمين :

والتأمين بنظرته البدائية لم يكن وليد الأيام المتأخرة بل هو موجود من زمن بعيد وان لم يكن معروفاً لدى العامة كفكرة لها قوانينها ونظمها الخاصة . ولنأخذ لذلك مثلا ، فان هذه المساعدات التى تصل الى الانسان من أقاربه وأصدقائه عند مرضه أو حلول كارثة به لهى نفسها فكرة التامين بشكلها البدائى .

وكذلك العادات العشائرية القاضية بجمع الدية لذوى القتيل لو صدر اعتداء من أحد أفراد العشيرة على الغير هى نفسها فكرة التامين أيضاً وضمان حياة القاتل من القتل الذى يكون بمثابة الاقتصاص منه . هذا وأمثاله

أنواع أخر من أمثلة التأمين بشكله البدائى .

والى غير ذلك من الالتزامات التى يلتزم بها الناس المؤدية لنفس النتائج التى تؤديها فكرة التأمين من دون أن يطلق عليها هذا الاسم أو تجعلها خاضعة لقوانين منظمة كما هى عليه اليوم كافة شركات التأمين .

وقد ذهب المتتبعون من الذين واصلوا البحث عن تأريخ هذه الفكرة الى دعوى وجودها من أيام الاغريق حيث وجدت جماعات من ملاك العبيد كانوا يدفعون أقساطاً معينة عن عبيدهم الى الجمعيات التى كانت قد أنشئت لهذا الغرض فى مقابل أن تدفع الجمعية لهم ثمن العبيد لو هرب من سيده .

« وفى بلادالاغريق وجدت جماعات من ملاك العبيد يدفعون أقساطاً عن عبيدهم فاذا هرب أحد العبيد من صاحبه عوضته الجمعية ثمن العبد كما أسس الرومان جمعيات تعاونية لنقل الموتى ، والغرض من تأسيس هذه الجمعيات هى أن تقوم بدفع مصاريف الجنازة كلها فى مقابل أن يدفع كل عضو مبلغاً ضئيلا من المال كل أسبوع وهذه الجمعيات لم تزل موجودة الى الآن فى إنجلترا » (١) .

عقود التأمين :

ومن ناحية عقود التأمين فان قدمها يكشف لنا عن تنظيم هذه الجمعيات بشكل يخضع الى الأنظمة الخاصة من ذلك الوقت .

« وأقدم عقد ايطالى للتأمين صدر فى سنة ١٣٤٧ ميلادية . ومحتمل أن يكون هناك أقدم منه .

---

(١) محاضرات القاها الاستاذ محمود عزمي مدير شركة التامين المصرية على طلبة الصف الثاني في كلية التجارة والاقتصاد العراقية .

وأقدم قضية للتأمين البحرى يرجع تاريخها الى سنة ١٣٦١ م .

وأول شركة لتأمين الحريق تأسست فى لندن سنة ١٦٦٦ م .

أما تأمين الحوادث فهو أحدثها عهداً وأول صورة من صوره كان ضد الحوادث الشخصية سنة ١٨٤٥ م » (١) .

أنواع التأمين :

ليس من الممكن حصر التأمين فى أنواع معينة ما دام الانسان عرضة للاخطار فهى تزداد مع مرور الزمن وكلما دعت الحاجة الى أنواع جديدة منه ويمكننا أن نذكر قسماً منها والتى توفرت لدينا أسماؤها :

التأمين ـ على الحياة .

التأمين ـ على الحريق ، السرقة ، وماشاكل ...

التأمين ـ على النقل البحرى ، البرى ، الجوى ...

التأمين ـ على حوادث السيارات والطائرات والمراكب وغيرها .

وهناك أنواع كثيرة منه تتشابه ولكن بالامكان إرجاع بعضها الى البعض الآخر فلا داعى الى التطويل .

الشروط الأولية والأركان المطلوبة فى عقد التأمين :

عملية التأمين تشتمل على أركان وشروط لابد من استكمالها فى هذه المعاملة .

أركانها :

١ ـ الايجاب والقبول .

(١) نفس المصدر السابق

٢ ـ المؤمن عليه : شخص ، ثروة ، مرض ، وما شاكل .

٣ ـ مبلغ التأمين : الذى تدفعه الشركة عند حدوث الخطر وما يدفعه طالب التأمين الى الشركة من المال .

شـــروطها :

١ ـ بيان الخطر المؤمن ضده : حريق ، وفاة ، سرقة ، عجز ، مرض ...

٢ ـ القسط الذى يدفعه طالب التأمين الى الشركة لو أراد التقسيط وكيفية تسديد الأقساط المرتبة على المؤمن له .

٣ ـ مدة العقد : تاريخ إبتدائه وانتهائه .

هذه هى أهم الشروط المطلوبة فى عقد التأمين بين الطرفين .

ولا بد لنا من دراسة لهذه الأركان والشروط توضيحاً لها عما يكتنفها من الغموض .

الايجاب والقبـول :

وهما ركن فى عملية التأمين .

الايجاب : ويتم من قبل طالب التأمين بعد أن تقدم الشركة له إستمارة تحتوى على بيان النوع الذى يؤمن الشخص عليه : ثروة أو نفساً أو ماشابه وعلى القسط الذى يتفق عليه الجانبان ليدفعه المؤمن له مرتباً ، وعلى مبلغ التأمين الذى يجب على الشركة دفعه كتعويض عند حلول الخطر المؤمن عليه إضافة الى بقية الشروط المتفق عليها بين الشركة وبين طالب التأمين . ويكون توقيع هذه الاستمارة من قبل طالب التأمين ايجاباً منه بذلك .

القبول : ويكون بتصدير الوثيقة التى تؤدى وجود التعاقد بين الجانبين ومصدر هذه الوثيقة ـ عادة ـ الشركة لتدفعها الى طالب التأمين . وبهذا يتم الركن الأول من الأركان المطلوبة فى عملية التأمين .

المؤمن عليه :

وبيان المؤمن عليه من أساسيات التأمين حيث تتوقف عليه المعاملة التأمينية إذ يختلف المؤمن عليه : فمرة - يكون حياة طالب التأمين ، وثانية - بعض الطوارى العارضة عليه ، وثالثة - أموال الشخص وممتلكاته ولكل من هذه خصوصياته وأوضاعه ولا بد للشركة من تقدير ظروف كل من هذه الخصوصيات وملاحظة ماتدفعه ازاء ما يؤمن عليه وعند عدم ذكره لاتتحقق عملية التأمين إذ تقف شركة التأمين مكتوفة اليد فعلى أى شيء ترتب دفع الأموال .

مبلغ التأمين :

وهذا أيضاً من أركان عملية التأمين فاننا لو أغضينا النظر عنه لما تمت العملية المذكورة ، إذ لا يكون فى البين داع لأن يؤمن الشخص على حياته أو ماله بعدما أغفل هذا الركن من البين ، فلا بد من وجود هذا الركن وبيان ما تدفعه الشركة الى الشخص الذى يريد التأمين على حياته أو ممتلكاته . ومن الجهة الثانية لابد من حصول بيان ما يدفعه الشخص إزاء تأمين الشركة بالمبلغ الفلانى على نفسه ، أو أمواله لئلا تكون المعاملة خالية من الاعتبار فبازاء أى شيء تقدم الشركة لو لم يؤخذ بنظر الاعتبار هذا الموضوع من جهتيه : ما تعوضه الشركة عند حدوث الخطر المتفق على التعويض بازائه وما يقصد طالب التأمين من المبلغ ليكون بازاء ذلك التعهد الصادر من شركة التأمين .

بيان الخطر :

وبيان الخطر من شروط معاملتنا التأمينية لاختلاف أنواع الخطر من حيث تقدير المبالغ التى تعوضها الشركة لطالب التأمين ، فان التأمين له شروطه الخاصة ، وتختلف الخصوصيات المترتبة عليه عن خصوصيات حلول المرض أو العجز أو الشيخوخة . وهذا كله يختلف اختلافاً كلياً عن حوادث السرقة فلكل من هذه الجوانب خصوصية تنفرد بها عملية التأمين .

أقساط التأمين :

ويختلف الحال فى أقساط التأمين باختلاف النسب والمبالغ : فتارة - يدفع ما عليه مرة واحدة الى الشركة ، وثانية - يرغب فى تقسيط المبلغ ولا بد من حصول الاتفاق بين الطرفين على كيفية تسديد المبالغ .

مدة العقد ، تأريخ ابتدائه وانتهائه :

ومن الشروط المطلوبة أن يذكر الجانبان مدة التأمين ، وهل انها تبقى نافذة المفعول الى الأخير أو يرغب طالب التأمين باجراء عقد لمدة معينة ؟ ولا يجوز أن يبقى هذا الشرط مجهولا إذ على بيان هذا الشرط يتوقف مبلغ التأمين من الجانبين ما تدفعه الشركة وما يدفعه طالب التأمين من الأقساط .

التأمين عقد رضائى :

تعتبر أنظمة التأمين هذه العملية من عقود المعاوضة والتى يتم فيها الايجاب والقبول بينما أخذت المعاوضة بعين الاعتبار من قبل القوانين الوضعية عامة ، ذلك لأن كلا طرفى المعاملة مأخوذ بنظره ما يعطى .

فالشركة تتعهد بدفع المبلغ المؤمن عليه فى مقابل الحصول على مقدار من المال يتفق الطرفان على طريقة استحصاله . وطالب التأمين يدفع الأقساط المعينة عليه فى قبال الحصول على المبلغ المؤمن عليه ، سواء فى وقت معين كأن يفرض التأمين الى وقت يحدده الطرفان أو يكون لورثته عند حدوث الوفاة أو ما يتلف من ممتلكاته .

وثيقة التأمين (البوليصة) :

أما الوثيقة التى تثبت وجود التعاقد بين الطرفين فانها تعتبر رصيداً ضخماً لصاحبها تبعاً لضخامة المبلغ المؤمن عليه ، ولهذه الوثيقة أهميتها التجارية فى نظر العرف التجارى ، فان الدائن لا يجد الحرج فى إقراض صاحبها المال حيث يجد من الشركة خير معوض لدينه لو مات الغريم . وكذا التاجر ينظر الى البضاعة المستوردة من الخارج بغير النظرة التى ينظر بها الى البضاعة غير المؤمنة ، لأن البضاعة المؤمنة مكفولة من قبل الشركة وهى ملزمة بايصال المال اليه ، وعند حدوث التلف مستعدة لتعويضه عن الأضرار التى حلت ببضاعته .

ثانياً ـ طبيعة هذه العملية من الناحية الدينية :

ان شيخنا الأستاذ ـ دام ظله ـ يرى التأمين :

« إتفاق بين الطرفين المؤمن ـ الشركة ـ أو من يقوم مقامها وبين المؤمن له ـ طالب التأمين أو المأذون من قبله ـ نتيجته أن المال اذا تلف تكون خسارته على المؤمن فى قبال أن يدفع المؤمن له مبلغاً من المال يتفق عليه الطرفان من حيث القدر والتسديد » .

وحيث كانت هذه المعاملة مستحدثة لعدم وجود لها على عهد المشرع الاسلامى كما هى عليه اليوم ، فلابد لمعرفة حكمها الشرعى من إتباع الطرق الآتية:

أولا ـ عرض هذه المعاملة على المعاملات الشرعية التى كانت قائمة فى ذلك الوقت لعلنا نجد من بين تلك المعاملات ما يماثل ما نحن فيه من معاملة التأمين .

ثانياً ـ تطبيق إحدى القواعد العامة على معاملتنا التأمينية لو لم نجد لها ما يماثلها فى عهد المشرع الأعظم .

وبعد العجز عن هذين الطريقين فلا بد من الانتقال ثالثاً ـ الى الأصول العملية .

وسنذكر موجزاً لتعريف الاصول العملية ومتى نحتاج اليها .

عرض التأمين على المعاملات الشرعية :

اذا عرضنا عملية التأمين على باب الضمان نرى انه يستفاد من ملاحظة التأمين وتعاريفه وجود ما يشبه الضامن والمضمون وعلى هذا فيلزمنا البحث عن حقيقة المعاملة الضمانية ، وكيفية تصوير الضمان بالنسبة الى كل من النفوس والأعيان الخارجية ، ومدى التقائه مع معاملتنا هذه ، وبتمامية ذلك يكون التأمين من صغريات باب الضمان ويجرى على التأمين مايجرى على الضمان .

ومما سبق عرفت : أن الأركان التى تتألف منها عملية التأمين هى :

الايجاب والقبول .

المؤمن عليه .

مبلغ التأمين .

فان كانت معاملات الضمان تشمل على مثل هذه الأركان تمكنا من إدراج التأمين فى باب الضمان .

ماهو الضمان :

ولا بد أن نبحث مصطلح الضمان من الناحيتين اللغوية والفقهية .

الضمان فى اللغة :

إختلفت كلمات اللغويين فى الضمان :

فذهب البعض : إلى أنه مأخوذ من ضمم ، ومعناه ضم شىء الى آخر بينما ذهب آخرون الى أن الضمان مأخوذ من ضمن ، ومعناه ادخال الشىء فى العهدة والحيازة فاذا قال : ضمنت ثوبك ، فمعناه أنى أدخلت الثوب فى عهدتى وحيازتى وضمنى .

والى هذا الرأى الثانى ذهب صاحب القاموس حيث قال : « ما جعلته فى وعاء فقد ضمنته إياه » (١) .

وفى تاج العروس قال : « ويقال : ضمن الشىء بمعنى تضمنه ، ومنه قولهم : مضمون الكتاب كذا وكذا - الى قوله - وناقة ضامن ومضمان حامل » (٢) .

وفى لسان العرب قال : « وضمن الشىء الشىء اذا أودعه إياه كما تودع الوعاء المتاع والميت القبر وقد تضمنه هو قال ابن الرقاع يصف ناقة حاملا .

أوكت عليه مضيقاً من عواهنها كما تضمن كشح الحرة الحبلا (٣)

ومن هذا العرض لآراء اللغويين نعرف أن الضمان مأخوذ من الضمن لامن الضم . فاذا قال : ضمنت مالك ، فمعناه أنى أدخلت فى حيازتى وعهدتى

(١) القاموس : مادة ضمن

(٢) تاج العروس : مادة ضمن

(٣) لسان العرب : مادة ضمن

لا انني ضممت مالك الى مالى . لما يرد على هذا الرأى من أنه لو كان أصل ضمن هو ضم بالميمين فلا وجه لتجريده من أحد ميميه وابدالها بالنون . فالمتعين أن ضمن أصل برأسه .

في اصطلاح الفقهاء :

فان الضمان هو إدخال المضمون فى عهدة الضامن والقيام من جانبه بكافة ما يترتب على هذا الادخال والجعل من أحكام . وبهذا يكون قريباً من مفهومه اللغوى .

أقسام الضمان :

ينقسم الضمان بحسب النظر الأولى الى قسمين :
الأول ـ ما كان تحققه متوقفاً على فعل خارجى . كضمان اليد والتلف
الثانى ـ ماكان محتاجاً فى حصوله على الانشاء . كضمان الديون .

ضمان اليد :

حيث يتحقق الضمان بمجرد وضع اليد على شىء ، فان على اليد ما أخذت حتى تؤدى كفيلة بلزوم إرجاع ذلك الشىء الى صاحبه لو كانت العين باقية ، أو أداء بدله من المثل ، أو القيمة لو تلفت العين قبل إرجاعها ويكون وجوب الأداء من آثار كون العين فى عهدة من وضع يده عليها من دون توقف الى إنشاء من أحد الطرفين .

ويلحق بذلك :

ضمان التلف :

فان قاعدة من أتلف مال غيره فهو له ضامن . قاضية بأداء البدل لوكان لذلك التالف بدل أو القيمة لو كان قيمياً ، ولا حاجة فى هذا النوع من الضمان الى انشاء من أحد الطرفين بل نفس الفعل الخارجى من وضع اليد أو الاتلاف وما شاكل يكون موجباً لتحقق الضمان .

وهذا كله من النوع الأول الذى يتوقف تحققه على فعل خارجى .

واذا انتقلنا الى النوع الذى يحتاج فى حصوله الى الانشاء نرى ما يكون أحد الطرفين موجباً والطرف الآخر قابلا بذلك الايجاب ، وهذا القسم لو لاحظناه لرأينا منه ما هو مسلم تحقق الضمان فيه عند الفقهاء بينما وقع الخلاف فى القسم الآخر .

أما ما كان مسلم تحقق الضمان فيه عند الفقهاء فهو :

ضمان الديون :

ويتحقق هذا بضمان ما فى الذمم كما لو كان لزيد بذمة عمرو مبلغ قدره خمسون ديناراً فيأتى شخص ثالث ليضمن لزيد ماله بذمة عمرو فيقبل الدائن بذلك الضمان ، ويكون تصوير ذلك بقوله : ضمنت مالك بذمة عمرو ، وبقبول الدائن بهذا العرض ينتقل الدين من المضمون عنه الذى هو عمرو الى ذمة الضامن

وبهذا المقدار لم يخالف أحد من فقهائنا .

إلا أن البعض منهم حصر الضمان الانشائى فى هذا النوع وهو ضمان الديون ولم يجر الضمان الانشائى فى غيره من الأعيان والنفوس .

قال المحقق - رحمه الله - فى الشرائع : « الثانى فى الحق المضمون وهو كل مال ثابت فى الذمة » (١) .

وعقب الشيخ صاحب الجواهر - رحمه الله - على ذلك بقوله : « ومرجعه الى ما فى القواعد من أن شرطه المالية والثبوت فى الذمة وان كان متزلزلا كالثمن فى مدة الخيار ، والمهر قبل الدخول . بل قيل أن على الأول الاجماع معلوم ومحكى فى ظاهر الغنية وغيرها . بل منها وغيرها أيضاً الاجماع صريحاً على الثانى . وفى محكى التذكرة : لو قال لغيره : مهما أعطيت فلاناً فهو علىّ لم يصح إجماعاً ... » (٢)

وإنما لم تصح هذه الصورة الأخيرة بالاجماع لأن الذمة حين الانشاء لم تكن مشغولة بشىء ليتحقق الضمان . وأما ما اختلفت كلمة الفقهاء فيه بالنسبة الى الضمان ، فهو :

ضمان الأعيان المغصوبة :

وتصويره بأن يغصب شخص ثوب آخر فيأتى شخص آخر ليضمن ذلك الثوب من الغاصب .

وقد وقع الخلاف فى هذا النوع من الضمان ، فأجازه جماعة ، ومنهم المحقق فى الشرائع حيث قال : « والا شبه الجواز » (٣) .

ومنعه آخرون : ومنهم صاحب الجواهر حيث علق على عبارة المحقق هذه بقوله : « للعمومات ولأنه مال مضمون على المضمون عنه » (٤) .

(١و٣) الشرائع ص ١٢٧ كتاب الضمان

(٢) الجواهر ص ٤٠٨ كتاب الضمان

(٤) نفس المصدر ص ٤٠٩

ثم أشكل عليه بـما حاصله : إنكار العموم . وما يروى عن النبي ـ ص ـ من (أن الزعيم غارم) ليس من أخبارنا ، فلا يكون حجة عندنا وأن (عموم الوفاء بالعقد) لا يمكن انطباقه على ما نحن فيه على مذهبنا من كون الضمان موجباً للانتقال من ذمة المضمون منه ، الى ذمة الضامن إذ ليست العين من المال فى ذمة الغاصب فلو طبقناه على ما نحن فيه لكان مقتضاه كون الضمان ضم ذمة الى أخرى ونحن لا نقول به .

وحاصل ما أفاده شيخنا ـ دام ظله ـ فى هذا المقام هو : إمكان القول بأن ضمان العين المغصوبة يوجب انتقال ضمانها من الغاصب الى الضامن ـ وحينئذ ـ فلو انتقل الضمان فيكون بقاؤها بيد الغاصب من قبيل الأمانة ، غايته أنه يجب على الغاصب إعادة العين الى مالكها فوراً ، وفى هذه الأثناء لو تلفت العين يكون ضمانها على الضامن الجديد لا على الغاصب . نعم لو لم يرجع العين كانت يده الجديدة البقائية يد ضمان وعليه فيكون ضامناً من جديد ولو تلفت فى هذا الدور كان عليه بدلها .

وقد يعترض على المانعين من جريان الضمان فى الأعيان المغصوبة بأنه ماالفرق بين ضمان الدين فأجيز وكان موجباً لانتقال الضمان من ذمه المديون الى ذمة الضامن ، وبين ضمان العين المغصوبة فمنع ، ولم يكن موجباً لانتقال الضمان من ذمة الغاصب الى ذمة الضامن .

وقدأجاب شيخنا الأستاذ ـ دام ظله ـ عن ذلك : بأن الدينار الكلى الذى لزيد فى ذمة عمرو يكون من قبيل الكلى فى المعين ، فاذا جاء الضامن ليضمن ذلك الدينار كان محصل ضمانه هو أن يكون الدينار الكلى فى عهدة الضامن وذمته ، ولا بد أن يكون وجوده فى ذمة الضامن من قبيل الكلى فى المعين كالأصل حيث كان فى ذمة المدين . ـ وحينئذ ـ فيكون المضمون الذى فى ذمة

المدين غير الذى فى ذمة الضامن . واذا كان الأمر كذلك فلا يمكن القول بأن الدائن يملكهما معاً ، الدينار الذى فى ذمة المدين، والذى هو فى ذمة الضامن .

ولا مخرج لنا إلا القول بأن ذلك الدينار الكلى الذى كان لزيد فى ذمة عمرو يكون بواسطة الضمان قد انتقل من ذمة عمرو الى ذمة الضامن . هذا فى ضمان الدين ، وأما فى ضمان العين المغصوبة فلا يتحقق هذا المعنى ليحصل الضمان ، وذلك لأن ضمان المغصوب لا يخرج عن أن تلك العين فى عهدة الضامن كما هى فى عهدة الغاصب ، والمالك لم يتبدل ملكه من عين الى أخرى ، كما تبدل مملوكه الكلى من كلى الى كلى آخر . وأقصى مافى البين : أن هذه العين التى هى ملكه كانت فى عهدة الغاصب فصارت فى عهدة الضامن فكان المملوك له شيئاً واحداً وتوارد عليه الضمانان بخلاف ضمان الكلى فى الذمة ، فكان المملوك الكلى الذى هو فى ذمة المديون قد انطبق على هذا الكلى الذى هو فى ذمة الضامن ويكون المملوك للدائن هو ما فى ذمة الضامن ، وسقط ماله فى ذمة المديون . وإن شئت فقل : ان الضامن يسحب الكلى الذى فى ذمة المديون الى ذمته ، وضامن العين وان سحب العين الى ذمته إلا أن ذلك لا ينافى بقاء نفس العين التى هى فى يد الغاصب على ملك مالكها ، وإن صارت أيضاً بعهدة الضامن فكان الضامن والغاصب من قبيل توارد الأيدى .

ولو تنزلنا وقلنا : أن ضمان الكلى فى ذمة المديون لا يزيد على ضمان العين الشخصية التى هى فى عهدة الغاصب فلا يكون موجبا لكون الضامن الثانى مسقطاً للضمان عن الأول سواء كان ضمان الثانى باليد ، أو بالجعل ان جوزناه إلا أن الاجماع والأخبار الشريفة قضت بالانتقال فى خصوص ضمان الدين دون ضمان العين ، فلا بد لنا من التفرقة بين الضمانين ، وجعل ضمان الدين موجباً للانتقال دون ضمان العين المضمونة .

وعلى أى حال نعود الى القول : بأن ممن أجاز ضمان الأعيان المغصوبة هو السيد الفقيه الطباطبائى ـ قدس سره ـ حيث قال :

« إختلفوا فى جواز ضمان الأعيان المضمونة كالغصب والمقبوض بالعقد الفاسد ونحوهما على قولين ذهب الى كل منهما جماعة والأقوى الجواز » (١)

ومما وقع الاختلاف فيه من حيث الضمان هو :

ضمان الأمانة :

حيث يضمن الشخص الوديعة التى عند الشخص الآخر . وقد منعه كثير من الفقهاء ، متمسكين على ذلك بالاجماع ، وقد نسبه فى التذكرة الى علمائنا أجمع .

وقال المحقق ـ رحمه الله ـ فى الشرائع : « ولو ضمن ماهو أمانة كالمضاربة والوديعة لم يصح لأنها ليست مضمونة بالأصل » (٢) .

وهكذا نرى العلامة ـ قدس سره ـ يمنع منه فى قواعده (٣) وكذا جامع المقاصد (٤) والمسالك (٥) وغيرهم .

أما السيد الطباطبائى فقد قال فى عروته (٦) ما يلى : « وأما ضمان الأعيان غير المضمونة كالمضاربة والرهن والوديعة قبل تحقق سبب ضمانها من تعد أو تفريط فلا خلاف بينهم فى عدم صحته ، والأقوى بمقتضى

---

(١) ضمان العروة مسألة ٣٨

(٢) الشرائع كتاب الضمان ص ١٢٧

(٣) قواعد العلامة ص ١٧٨

(٤) جامع المقاصد مبحث الضمان من كتاب الدين

(٥) المسالك ج ١ ص ٢٥٥

(٦) ضمان العروة مسألة ٣٨

العمومات صحته أيضاً » .

وربما كان الوجه فى منع الضمان فى الأمانة هو عدم وجود المضمون عنه فى هذه الصورة ، وحيث لابد من وجوده كما فى ضمان الدين ، فان فيه أركاناً أربعة وهى :

المضمون له ، وهو الدائن .

والمضمون عنه ، وهو المدين .

والمضمون ، وهو الدين .

والضامن ، وهو الشخص الجديد .

ومن أجاز الضمان فى الأعيان المغصوبة ربما كان نظره الى أن الضمان فى الأعيان المغصوبة توجد فيه نفس هذه الأركان الأربعة ، وهى :

المضمون له ، وهو صاحب العين .

ومضمون عنه ، وهو الغاصب .

ومضمون ، وهو نفس المغصوب .

وضامن ، وهو الشخص الجديد .

ولذلك يقال : لابد فيه من انتقال الضمان من الغاصب الى الشخص الجديد

أما ضمان الأمانة فيفتقر الى أحد هذه الأركان حيث لا يوجد فيه المضمون عنه ، بل يشتمل على أركان ثلاثة ، وهى :

مضمون له ، صاحب الأمانة .

ومضمون ، وهو نفس الأمانة .

وضامن ، وهو الشخص الجديد .

أما المضمون عنه : فليس بموجود لأن من بيده العين أمين ولا علاقة له بالعين ليكون شخص ضامناً عنه ، وحيث لم توجد الأركان الأربعة بكاملها

لم يكن الضمان فى الأمانة جارياً .

وقال شيخنا الأستاذ ـ دام ظله ـ معقباً على هذا الوجه بأن : وجود الركن الرابع وهو المضمون عنه غير ضرورى فى حقيقة الضمان ، بل المدار فى الضمان وتحققه هو وجود الأركان الثلاثة ، وهى : الضامن ، والمضمون له والمضمون ، على أنه ـ دام ظله ـ عقب على الموضوع بقوله :

« على أننا يمكننا القول بأن ضمان الأعيان المغصوبة لا يشتمل على وجود المضمون عنه ، لامكان القول بأن ضمان العين المغصوبة لايكون ضماناً عن الغاصب ، بل هوضمان إبتدائى لاعن الغاصب بل عن المالك ، وما هو إلا من قبيل ضمانك للعين التى هى فى قعر البحر لصاحبها بأن تتعهد بها ، إمابإخراجها أو بأداء بدلها فى عدم الاحتياج الى المضمون عنه . ولأجل ذلك لو أقدم شخص ، وغصب العين فى يد الغاصب يكون ضامناً لنفس العين لـكنه ضمان ابتدائى منه لا عن الغاصب ، و ـ حينئذ ـ يكون الحاصل أن ضمان العين مطلقاً لا يدخل فى حقيقة الضمان عن ضامن ، وان ذلك إنما هو فى ضمان الدين فقط فان الضامن يضمن الدين الذى فى ذمة الدائن بخلاف ضمان العين التى هى فى ضمان الغصب ، فان ضمانها لا يكون عن الغاصب فلا يكون موجباً لانتقال الضمان من الغاصب الى الضامن » .

ضمان الأعيان الشخصية :

والمقصود من الأعيان الشخصية هى الأعيان التى بيد أصحابها من دون أن تكون أمانة أومغصوبة ، أومقبوضة بالعقد الفاسد ، ومنها ـ أموال الناس فى متاجرهم ولم يتعرضوا لهـذا النوع لا نفياً ، ولا إثباتاً . ولا بد لنا من ملاحظة هذا النوع ، وهل هناك مانع من جريان الضمان فيه أو لا ؟

وعلى توسعة باب الضمان الى أمثال هذا النوع يتوقف اندراج مبحث التأمين فى باب الضمان وإلا فلو اقتصر الضمان على ما فى الذمم ، أو الأعيان المضمونة كالغصب والعقدالفاسد فلا مجال لكون التأمين من أفراد الضمان .

وقد عرفت أن عد التأمين من صغريات الضمان يتوقف على توسعة الضمان وشموله لكل فرد سواء كان المضمون ديناً أوعيناً بيد الغاصب ، أو أمانة أو عيناً شخصية خارجية بيد صاحبها ، أو نفساً سواء كانت مملوكة أو غير مملوكة

الضمان الأنشائى فى الأعيان الخارجية :

وهذا النوع من الضمان على نحوين :

الأول : أن لايكون فى مقابل الضمان من الضامن تعويض بشىء ، بل يقدم الشخص على الضمان لغرض من الأغراض فيقبل المضمون له بذلك العرض وتنتهى المشكلة .

الثانى : أن يكون فى البين شىء يكون عوضاً عن هذا الضمان ، يدفعه المضمون له الى الضامن .

وتصوير ذلك : بأن يقول الضامن لصاحب العين ضمنت مالك لمدة عشرة سنين على أن تعوضنى ديناراً عن كل شهر ، فيقبل المضمون له أو يكون الأمر بالعكس كأن يقول المضمون له : ادفع لك كل شهر ديناراً على أن تضمن مالى لمدة عشرة سنوات ، ويقبل الضامن بهذا العرض .

وبتصحيح هذا النحو الثانى من الضمان الانشائى فى الاعيان الخارجية يتم لنا ما نريده من ادراج عملية التأمين فى باب الضمان حيث توجد فى هذا النحو نفس الاركان الموجودة فى التأمين وهى :

الايجاب والقبول .

والمؤمن عليه ـ وهو معبر عنه هنا بالمضمون ، والذى هو العين الخارجية أو النفس .

ومبلغ التأمين ـ وهو موجود هنا حيث يجعل المضمون له تعويضاً يدفعه الى الضامن ـ كما بيناه فى المثال المتقدم ـ .

وبحصول هذه الاركان فى عملية الضمان أمكننا ادراج التأمين فى معاملة الضمان من هذه الجهة ، ويبقى علينا البحث عن تصحيح الضمان الانشائى فى الاعيان الخارجية ، والنظر الى أن الضمان مقتصر على موارد خاصة كالضمان على الديون وبعض ما اختلف فيه كالمغصوب وغيره ، أو أنه ليس بمقتصر على ذلك ، بل يشمل جميع الافراد .

قال شيخنا ـ دام ظله ـ : أن منطقة الضمان العقدى أوسع من الاقتصار على فرد دون آخر ، فكما يجرى فى الديون كذلك يجرى فى الاعيان الخارجية من الاموال ، والعقارات ، وغيرها من النفوس مملوكة وغير مملوكة . فيمكن للشركة ـ حينئذ ـ أن تضمن هذه الاشياء لان الضمان ـ كما بيناه ـ ليس إلا التعهد وادخال الشىء فى العهدة ، وهو اعتبار يقره العقلاء ، حيث يدخل الضامن المضمون فى عهدته ، وحيازته .

ولا كمال ما ندعيه من هذه التوسعة لابد من ملاحظة أمرين :

الاول ـ الاجماع المدعى على أن يكون الحق المضمون مالا ثابتا فى الذمة أما الاجماع فقد تقدم تفصيل الكلام فيه فيما نقلناه عن العروة وغيرها .

الثانى ـ أن لا تكون فى البين سفاهة ليكون ممنوعا عنها .

ومن الواضح أنه لا سفاهة فى معاملة التأمين ، لأن القائمين بهذا النوع من المعاملات لا يقدمون على ذلك إلا بعد حساب الاستفادة من التجارب واستفادة النتائج الناشئة من الحسابات الدقيقة التى تجريها تلك الشركات وبعد تقدير ظروف الشخص وممتلكاته فلا يكون الاقدام من جانب الشركات

سفهيا ، وفى الوقت نفسه لا يكون إقدام الشخص من الطرف الآخر فيه شيء من السفاهة ، ذلك لأن إقدامه على تأمين نفسه ، أو ممتلكاته يبعث فى النفس الاطمئنان على أن هناك من يعوضه عند حصول قدر يؤدى الى تلف بضاعته أو يعوض الاسرة المنكوبة لو حدث به ما يؤدى الى موته . وهذا المقدار من الطرفين (طالب التأمين) من جهة (والشركة) من جهة ثانية يعتبر عملا عقلائيا .

وبذلك تتم معاملة التأمين ، وانها من جملة ما يندرج فى باب الضمان لما بيناه من أن الضمان لا يخرج عن كونه تحمل للمسؤلية ، وادخال الشيء فى حيازة الضامن من غير فرق بين الديون والاعيان الخارجية ، والنفوس الحرة والمملوكة فبامكان الشركة أن تضمن أموال الشخص ، أو نفسه أو عبده على نحو ما بيناه فى الضمان ، وأن الاركان واحدة فى كلتا المعاملتين الضمان والتأمين .

وقد يعترض على ذلك بأن هذا النحو من المعاملات لا يخرج عن كونه معاملة إيقاعية لحصولها من طرف واحد ، وهو الضامن « الشركة » لاقدامه على تحمل المسؤلية ، والقائها على عاتقه .

وقد تصدى شيخنا الاستاذ ـ حفظه الله ـ للاجابة عن ذلك بأن هذا النوع من المعاملات ليس بمعاملة ايقاعية ، بل أنها معاملة واقعة من الطرفين لأنها حاوية على الايجاب من طرف ، والقبول من الطرف الآخر .

إذ أن توقيع (طالب التأمين) على ورقة العقد المقدمة له من قبل الشركة لاملائها والتوقيع عليها هو عبارة عن القبول منه للمعاملة ، وتصدير الشركة لوثيقة التأمين ، وتوقيعها هو عبارة عن ايجاب تلك المعاملة وحينئذ يكون محصل هذه المعاملة هو الضمان العقدى بشروط ، ومنها دفع المضمون

له الاقساط وحينئذ تكون الشركة بتوقيعها الورقة ، وتسليمها للمضمون له هى الموجبة ، ويكون المضمون له بأخذه الورقة ، وتوقيعها هو القابل على خلاف ماتقدم سابقاً من كون الشركة هى القابلة وطالب التأمين هو الموجب لنستريح بذلك من كون شرط طالب التأمين الضمان على الشركة هل هو من قبيل شرط النتيجة أو شرط السبب ، وبذلك تخرج عن الايقاعات فلا يكون الشرط فى ضمنها من قبيل الشرط فى الايقاع الذى هو محل الاشكال ، بل تكون من العقود مؤلفة من الايجاب من ناحية الشركة ، والقبول من ناحية المضمون له إذ لو نزلناها على مجرد الايقاع لكان الموقع لها هو الشركة ، ولا وجه على كل حال لكون الابتداء من ناحية المضمون له لأن المنشأ هو الضمان ، وإنما ينشئه الضامن دون المضمون له ، ولو قلنا : بتحمل الايقاع الاشتراط لأمكننا القول به هنا ، ويكون المجعول هو ضمان الشركة بالشروط فان قام المضمون له بالشروط كان اللازم على الشركة الوفاء بالضمان الذى أخذته على عاتقها ، وان لم يقم المضمون له بالشروط فليست الشركة ملزمة بالضمان ولكنه لايخلو عن اشكال لانحلاله الى تعليق الضمان على الشروط ، والتعليق باطل فى المعاملة ، فلا بد من تنزيل هذه المعاملة على ما عرفت من الضمان العقدى ليكون الاشتراط فيها من قبيل الالتزام فى ضمن الالتزام ، كما هو الشأن فى الشروط المأخوذة فى المعاملة بين الطرفين من أحدهما على الآخر نعم لا نحتاج الى لفظ مخصوص بل يكفى فيها كل ماهو موجد لها .

ومن المعلوم ان الانشائيات من الامور الاعتبارية التى لها تحقق فى وعاء الاعتبار ومعنى انشائها هو جعلها وايجادها فى عالم الاعتبار وبأى سبب وأى لفظ أراد أن يوجدها الانسان تتوجد ، ولا تتوقف على لفظ خاص كبعت ، وما شاكل بل تصح بكل لفظ يؤدى هذا المؤدى .

الخلاصة :

إذاً مما تقدم عرفت أن معاملتنا التأمينية قابلة للاندراج فى باب الضمان ليجرى عليها مايجرى على الضمان من أحكام ولكن لو أبيت عن اعتبارها ضمانية لشبهة أن الضمان لايكون إلا على مافى الذمم ، وقد وقع الخلاف فى بعض الموارد الأخر،وليس منها ضمان الأعيان الخارجية ، فان عليناعرض مانحن فيه ـ أعنى التأمين ـ على بقية المعاملات التى كان لها وجود على عهد المشرع الاسلامى ، لنرى مدى انطباقها عليها ، حتى يمكن تجويزها لنا .

الهبة بشرط تحمل الخسارة :

لا الهبة بشرط الضمان وإلا جاء الاشكال السابق فى صحة ضمان الاعيان بل ان الشرط هو تحمل الخسارة التى تعرض للمضمون له الذى هو الواهب .

ويتصور هذا الوجه بأن تتحمل الشركة الخسارة من مالها أو مما يجتمع عندها بحيث تتكفل بالخسارة إن حدث حادث بالمال أو النفس فيقول طالب التأمين :

وهبتك كذا مقداراً من المال شهرياً على أن تتحمل كذا مقداراً من المال خسارة لمدة عشر سنوات ـ مثلا ـ لو حدث حادث بمالى ، أونفسى ، ويأتى دور الشركة لتقبل بهذه الهبة ، وتسجل على نفسها ما اشترطه الواهب من تحمل الخسارة المذكورة فتكون الهبة من طالب التأمين ايجاباً منه،وموافقة الشركة تقريراً على نفسها بقبول هذه الهبة المشروطة ، وليس هذا الشرط من الشرط المخالف ليبطل الشرط،وتقع الهبة غير مشروطة ، بل هو شرط سائغ لامانع فيه ، ولو لاحظنا هذه الهبة المشروطة لرأيناها حاوية على نفس

أركان التأمين لاشتمالها على الايجاب والقبول ، والمؤمن عليه : وهو النفس أو المال ومقدار الخسارة ، وهو مبلغ التأمين .

وعليه فينزل التأمين على الهبة ويكون من صغريات هذه المعاملة ويجرى عليه مايجرى عليهامن الأحكام .

الصلح بشرط تحمل الخسارة :

ومن جملة مانعرض عليه معاملة التأمين هو باب الصلح حيث يتصالح الطرفان على أن يتحمل أحدهما ، وهو الشركة الخسارة التى تحل بالطرف الآخر بشرط أن يدفع الطرف الآخر المقدار المعين من المال ، ومن الممكن أن يكون الصلح واقعاً على أن يدفع طالب التأمين الى الشركة مقداراً معيناً من المال فى كل شهر مثلا على أن تدفع الشركة خسارته لو حدث حادث بماله ، أوكذا مقداراً من المال لو حل به موت أو تلف لعضو من أعضائه .

وبهذه الطريقة أمكننا أن نهرب من الضمان وإشكالاته فكان تحمل الخسارة هو المصحح لمعاملتنا التأمينية .

وليس هذا بجديد فقد ذكر السيد الطباطبائى (قدس سره) لتصحيح مالو اشترط ضمان العين المستأجرة على المستأجر بواسطة تحمل الخسارة ، ومنعوا من تصحيح ذلك بالضمان فقد قال : «العين المستأجرة فى يد المستأجر أمانة فلا يضمن تلفها أو تعيبها ، إلا بالتعدى أو التفريط ، ولو شرط المؤجر عليه ضمانها بدونها ، فالمشهور عدم الصحة لكن الأقوى صحته ، وأولى بالصحة إذا اشترط عليه أداء مقدار مخصوص من ماله على تقدير التلف أو التعيب لا بعنوان الضمان » .(١)

ومن الواضح أن هذه الطرق المذكورة من الهبة أو الصلح لا يفرق فيها

(١) العروة الوثقى ، كتاب الاجارة ، فى العين المستأجرة بيد المستأجر .

بين أن يكون الموضوع ديناً أو عيناً خارجية أو نفساً لعدم وجود ضمان فى البين لتأتى الاشكالات السابقة فيه هذا كله فى الطريق الأول .

وهو عرض المعاملة التأمينية على المعاملات التى كانت موجودة فى الزمن السابق ليؤخذ حكمها من تلك المعاملات .

عرض التأمين على القواعد العامـــة :

وهل هناك وجه يصحح لنا ما نحن فيه ؟ وذلك بأن نعتبر هذه المعاملة عقداً مستقلا مؤلفاً من ايجاب وقبول ، كما هو الحال فى باقى المعاملات الانشائية . فتكون حينئذ مشمولة للعمومات الكتابية القاضية بالوفاء بالعقد .

كقوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » (١) .

أو قوله عز وجل : « يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » (٢) . بناء على أن أوفوا بالعقود لايكون مختصاً بالعقود الموجودة سابقاً ، بل هو جار فى كل ما يتعاقد عليه الطرفان مالم يكن فيه خلل ممنوع من قبيل الربا ، ونحوه مما منعه الشارع المقدس ، لأن القاعدة فى كل عقد لزومه ، ووجوب الوفاء به ، وان لم يكن راجعاً الى العقود الموجودة .

ولا يفرق فى البين بالنسبة الى الالتزام بألفاظ خاصة حيث تنشأ بها المعاملة سواء فى الايجاب أو القبول ولا داعى الى ذلك لأنك قد عرفت مما تقدم عدم اشتراط ذلك ، ولا داعى للاقتصار على لفظ خاص بعد أن كان للمنشىء أن يبرز ما فى نفسه بأى مبرز كان .

ولعل هذا الوجه هو أصح الوجوه المتقدمة ، والذى يعتبر من قبيل

(١) المائدة آية : ١

(٢) النساء آية ٢٩

المعاملة الشخصية لأنا نرى التاجر يتطوع بطيب نفسه لتسجيل أمواله ، ويوقع وثائق عديدة فى هذا الصدد ، وتنظم الشركة له كشوفاً على المال لو كان المؤمن عليه مالا ويمكن مشاهدته أو على النفس لو كان نفساً ويقر الطرفان ويعترفان بالتعاقد بينهما بموجب وثيقة تصدرها الشركة لهذا الغرض ، وتذكر فيها جميع الشروط المطلوبة فتشتمل المعاملة حينئذ على الايجاب والقبول والرضا من الطرفين ، وفى الوقت نفسه تخرج المعاملة عن كونها معاملة سفهية لأن كلا من الطرفين لا يقدم إلا بعد أن يضمن النفع لنفسه .

كما أنها ليست بمعاملة غررية لو قلنا أن قوله (ع) نهى النبي عن بيع الغرر شاملا لهذا النوع من المعاملات لعدم وجود أى خطر فيها على المتعاملين .

عرض التأمين على الأصول العملية :

حيث يكون عرض معاملة التأمين عليها وطبيعى أن البحث فى هذه المرحلة لا يتعدى كونه تشقيق المسألة من الوجهة العلمية لأن الأصول العملية ليست إلا وظائف مقررة يرجع اليها الشاك عند العجز عن تحصيل الدليل الاجتهادى ونحن قد صححنا هذا النوع من المعاملات بالوجوه السابقة فلا تصل النوبة حينئذ الى التماس الحكم من الأصل العملى إلا أنا - كما بينا - لو أردنا ملاحظة المسألة من الوجهة العلمية لرأينا الأصل العملى لا يصحح لنا هذا النوع من المعاملات لأن أصالة الفساد هنا تقتضى عدم ترتب الأثر على المعاملة المذكورة ، لأنا لو بقينا نحن والمعاملة مع عدم وجود ما يصححها فلا ندرى أنها صحيحة ليترتب الأثر عليها ، أو باطلة فلا يترتب عليها الأثر المطلوب ، وفى مثل هذه الحالة يكون المرجع هو أصالة عدم ترتب الأثر على المعاملة المذكورة .

تنبيهات :

ولا بد لنا ونحن على أبواب الختام من التعرض لملاحظات توضيحية تبين لنا بعض الملابسات فى هذا المقام ، لذلك لابد من التنبيه على أمور :

١ ـ التأمين بالتقابل :

عرفنا مما مر علينا أن عملية التأمين من الأعمال التجارية والتى تكون مشمولة لعمومات الوفاء بالعقد ، شأنها فى ذلك شأن المعاملات الأخر مما ينطبق عليها التجارة عن تراض على نحو ما مر من الأعمال التى يقوم بها الطرفان الشركة من جهة ، وطالب التأمين من الجهة الثانية .

والى ذلك أشار الأستاذ صالح حمود علوش بعدما ذكر تعريفاً للتأمين قائلا :

« والتعريف المذكور أعلاه ينطبق على التأمين فى مقابل أجرة معينة وبعبارة أخرى مقابل جعل يدفعه طالب التأمين للمؤمن ، وغالباً ما يدفع الجعل على هيئة أقساط ، ويقع التأمين عادة لدى إحدى الشركات ، وهو من جانب الشركة عمل تجارى ، أما من جانب طالب التأمين فقد يعتبر عملا تجارياً أو مدنياً على حسب الأحوال » (١) .

وقد عرفنا حكم هذا النوع من التأمين ولا غموض فيه ولكن هناك نوعاً آخر من التأمين أشار اليه المؤلف المذكور بقوله :

« وقد يكون التأمين بالتقابل تفادياً لكارثة قد تلم بأحد أطراف التأمين وصورة ذلك أن تتفق جماعة من التجار على تكوين رأس مال مشترك لتعويض

(١) التأمين لصالح حمود علوش ص ١١

ما يحيق بأحدهم من الخسارة ، وظاهر أن هذا النوع من التأمين يعد تجارياً أيضاً لأنه يؤدى الى تجنب الخسائر » (١) .

ونحن مع هذا النوع من التأمين الذى يذكره المؤلف للفرق بينه وبين ما ذكرناه من تصحيح صورة التأمين سابقاً لأن ما سبق بيانه هو أن تتحمل الشركة الخسارة بأزاء أن يدفع طالب التأمين مبلغاً معيناً من المال يتفق عليه الطرفان ، أو يخرج ذلك على الصلح ، أو العقد المستقل المشمول للعمومات الكتابية فى الوقت الذى لا تكون هناك علاقة بين طالب التأمين والشركة ، غاية ما فى البين أن طالب التأمين عميل جديد ، أمن عند الشركة على ماله أو نفسه بمبلغ متفق عليه بينهما فى الحقيقة طالب التأمين أجنبى عن الشركة وأعضائها ، وأما هذا النوع الجديد والذى يكون التأمين فيه بالتقابل فانه لا يتعدى عن كونه تضامن من أعضاء الشركة فيما بينهم على توزيع الخطر الذى عرض لمال أحدهم ، أو نفسه فيما بينهم بنسبة خاصة تابعة لمقدار مال كل منهم ، ومقدار الرسم الذى يدفعه الى الجمعية .

أما وجهة نظر شيخنا الأستاذ ـ دام ظله ـ فى تصحيح هذا التأمين فتنحصر بتخريجه على الصلح الجارى فى كل تعاقد وتعاهد ، أو يكون تصحيحه مبنياً على أساس كون ذلك التعاقد منهم داخلا فى عمومات الوفاء بالعقود والعهود ، ويكون المال المجموع من تلك الرسوم مشاعاً بين الجمعية ، ويكون ربعه للجميع سواء كان ما يتلافى به الخطر الطارىء على أحدهم من نفس ذلك المال المشترك بينهم ، أو كان من أموالهم الخاصة .

---

(١) نفس المصدر السابق

٢ ـ التأمين المختلط مع الاشتراك فى الأرباح :

ويتضمن بيان نوع آخر من التأمين على الحياة ، وهو الاشتراك فى الأرباح التى تحصل عليها الشركة من الاستفادة بتلك المبالغ المتجمعة من المشتركين ، كما جاء فى كتاب التأمين على الحياة الصادر من شركة مصر للتأمين تعريفة ٣ ما يلى : « التأمين المختلط مع الاشتراك فى الأرباح يدفع مبلغ التأمين عند وفاة المؤمن عليه ، أو عند انتهاء مدة التأمين ، وتدفع الأقساط لغاية الوفاة ، وعلى الأكثر حتى انتهاء مدة التأمين ، وللمؤمن الحق فى الاشتراك والاشتراط فى الارباح التى توزعها الشركة على حاملى وثائق الاشتراك فى الارباح بناء على نتيجة عملية تقدير الارباح ، ويضاف نصيب كل وثيقة فى الارباح الى مبلغ التأمين ، ويدفع مع مبلغ التأمين عند استحقاقه سواء بالوفاة أو عند انتهاء التأمين » .

وقد قرر شيخنا الاستاذ ـ دام ظله ـ أن دفع المال فى هذه الصورة من قبل طالب التأمين الى الشركة لم يكن الظاهر منه أنه على نحو القرض منه لها ليكون ما تدفعه الشركة له فوائد ربوية بل هو نحو من المضاربة والتى هى عبارة عن أن صاحب المال يدفع الى الآخر مقداراً من المال ليعمل فيه بالبيع والشراء ، والربح على حساب ما شرطاه على تفصيل ، وشروط مبينة فى محلها .

وعلى هذا التنزيل يكون هذا النوع من التأمين باطلا لعدم توفر الشروط المطلوبة فى المضاربة فيه إذ من جملة الشروط المطلوبة فيها أن يكون المدفوع من الذهب أو الفضة المسكوكين ، وطبيعى أن ذلك لا يتوفر غالباً فى هذا النوع من المعاملات .

نعم يمكن تصحيح ذلك بما قدمناه فى تأمين البضائع من القول بكون المدفوع من قبل - طالب التأمين - هبة منه لهم إزاء قيامهم بهذه الشروط المذكورة والتى يمليها الطرفان فى وثيقة العقد فيصح ذلك ، ويكون من قبيل الهبة المشروطة ، وعند تخلف الشرط للواهب فسخ الهبة واسترجاع مادفعه اليهم .

٣ - موقف الشريعة من الفوائد الربوية فى التأمين :

تقدم أن بينا فيما سبق أنه من الصعب حصر أنواع التأمين فى أفراد معينة ، والمهم هنا بيان أننا نتمكن أن نستخلص من ملاحظة تلك الانواع أن كثيراً منها لا تترتب عليه فوائد تدفعها الشركة لطالب التأمين فمثلا فى التأمين على الاموال التجارية تستعد الشركة بدفع مبلغ التأمين المتفق عليه بين الطرفين عند حدوث الخطر المؤمن ضده ، كالحريق ، والغرق ، أو السرقة ، وماشابه. ولكن هناك فى بعض الانواع الأخر تقوم الشركة بدفع فوائد سنوية أو شهرية اضافة الى مبلغ التأمين المتفق على تسليمه الى طالب التأمين عند حدوث الخطر .

وعلى سبيل التوضيح : نمثل لذلك مثالا فنقول :

رجل أمن على حياته عند شركة التأمين لمدة عشرين سنة على مبلغ قدره الف دينار فان الشركة تستوفى منه أقساطاً شهرية قدرها خمسة دنانير فى قبال دفعها المبلغ المذكور عند حدوث قدر عليه فى ضمن المدة الى ورثته أو دفعه له عند انتهاء المدة المذكورة وبهذا المقدار لاتختلف شركات التأمين .

وإنما الاختلاف فى أن بعض الشركات ترغيباً منها لما تقوم به من التأمين تلتزم بدفع بعض المبالغ اضافة الى مبلغ التأمين ، وحينئذ فلا بد من معرفة حكم هذه الزيادة ، وهل انها فائدة ربوية أو لا ؟

ويؤيد ذلك ما جاء في اختيار رقم «١» لدفع الفوائد (١) .

« تدفع فائدة سنويا أو نصف سنوى ، أو ربع سنوى أو شهريا بمعدل ٣./٠ بالنسبة على المبلغ الذى تحتفظ به الشركة ، ويكون أول دفعة من الفائدة فى نهاية السنة أو نصف السنة ، أو ربع السنة ، أو ربع الشهر حسب طريقة دفع الفوائد المختارة ، وعند وفاة المستحق يدفع المبلغ الذى تحتفظ به الشركة مع ما يكون قد تجمع عليه من فائدة الى القيمين على تركته ، أو منفذى وصيته مالم ينص إشعار الاختيار على خلاف ذلك » .

وكثير من مصادر التأمين صرحت بوجود أمثال هذا النوع من التأمين .

ويرى شيخنا الأستاذ ـ دام ظله ـ أن هذه الزيادات المدفوعة ما هى إلا فوائد ربوية ، لأن هذا النوع من المعاملات منزل على القرض الربوى حيث يكون دفع المال من قبل المؤمن له ، والذى هو طالب التأمين قرضاً الى الشركة ، وتكون دفع الفوائد إنما هى فى قبال المال الذى أقرضه الى الشركة .

وطبيعى أن هذا النوع من التأمين يكون مشكلا من الوجهة الشرعية ولا يمكن توجيهه ما دام ان المعاملة نزلت على صورة القرض ، وأخذ الفائدة فى قبال ذلك فان هذه معاملة ربوية ، ولا طريق الى تصحيحها باحدى الطرق الشرعية والتى تسوغ مثل هذه المعاملات فراراً من الربوية .

٤ ـ اعادة التأمين :

ويتضمن هذا التنبيه البحث عن موضوع اعادة التأمين فقد أخذت بعض شركات التأمين تقوم باعادة التأمين لدى شركات أوسع منها ، وإنما تلجأ

(١) من نموذج لبوليصة صادرة من الشركة الاميركية للتامين على الحياة .

شركات التأمين الى هذا النوع من الاعادة لتوزيع الخطر على عدة أشخاص دون الاقتصار على جماعة معينة ولتتوزع الخسارة فيما لو حدث الخطر المؤمن ضده .

ولم ير شيخنا الأستاذ - دام ظله - بأساً فى هذا الاعادة لأن ما بيناه من الوجوه السابقة لتصحيح معاملة التأمين تجرى هنا أيضاً فتكون شركة التأمين بمنزلة طالب التأمين والشركة الجديدة هى المؤمن الجديد فى هذه المعاملة الجديدة وهكذا الحال فيما لو تعددت الشركات فى الاعادة فكل معاملة يشملها (الوفاء بالعقود) وتصحح ما تعاقدت عليه جديداً ، أو أنها تكون من تحمل الخسارة بالطرق التى تقدم ذكرها ، راجع ص ٣٣ .

الأوراق النقدية

مالية المال ، وجوه ثلاثة للتغطية النقدية
هل يتحقق الربا او الزكاة فى هذه الأوراق
ما هو اعتبارها المالى بعد سقوطها من التعامل
التقاط الأوراق النقدية ، تحديد مفهوم
مجهول المالك .

تمهيد :

وتوطئة للبحث عن الأوراق النقدية وأحكامها يحسن بنا أن نتحدث :

أولا ـ عن الربا على نحو الايجاز لأن الغرض من هذا البحث هو معرفة مالو كان فى التعامل بهذه الأوراق النقدية ـ كالدينار وما شاكل ـ ربا أولا.

ثانياً ـ بيان حقيقة أصل مالية الأشياء .

ثالثاً ـ عن الوجوه المتصورة لغطاء العملة .

الربا :

قسم الفقهاء الربا الى قسمين :

رباً فى المعاملة ، ورباً فى القرض .

واشترطوا فى ربا المعاملة اتحاد الجنس ، وكون مورد المعاوضة من المكيل أو الموزون . كما فى بيع وزنة من الحنطة بوزنة وكيلو من الحنطة .

وأما ربا القرض فلم يشترطوا ذلك فيه ، بل ذكروا أن كل قرض جر نفعاً للمقرض فهو من الربا .

مالية المال :

مالية المال : إنما تقوم بتوفر جهة فى الشيء توجب تنافس العقلاء عليه واستناداً الى هذا فانا نتمكن أن نتصور المال على نحوين :

النحو الأول :

ما كانت ماليته ذاتية : وهو كلما يحتاجه الانسان بحسب فطرته الأولية من المأكول ، والمشروب ، والملبوس ، وما شاكل هذا .

وهذا النوع من المال لا تتوقف ماليته على جعل جاعل لتنافس العقلاء عليه ، وان لم يكن فى البين جعل من أحد ، أو جهة . ويلحق بما ذكرناه من المأكول والملبوس ، ماكان كالحديد ، والخشب ، وما شابه .

النحو الثانى :

ما كانت ماليته بالجعل : وهذا لو لاحظناه لرأيناه على قسمين :

القسم الأول - ماكان فيه الجعل عاماً يشترك فيه جميع البشر باختلاف عصورهم وبيئاتهم بدافع من الشعور بالحاجة الجماعية لمثله ، وهذا يتصور فى الأحجار الكريمة النادرة ، كالذهب ، والفضة ، والماس ، وغيرها .

القسم الثانى - ماكان اعتباره خاصاً .

وهذا تارة : يكون اعتباره من قبل دولة ، أو بنك ليقوم مقام القسم الأول كالأوراق النقدية - مثلا - وكثيراً ماحصلت لها تغطية مما له قيمة ذاتية أو مجعولة بالجعل العام ليعم اعتبارها كما هو الشأن فى الدينار العراقى .

وأخرى : ما يكون اعتباره بالنظر لما يترتب عليه من الآثار الخاصة كطوابع البريد ، وتذاكر القطار ، وبطاقات اليانصيب ، وتذاكر مصالح نقل الركاب ، وغير هذه مما كانت الورقة فيه فاقدة للاعتبار المالى لو تجردت عن الآثار الخاصة المترتبة عليها من قبل الدولة ، أو البنك .

فمثلا ورقة الطابع ، لا قيمة لها لو لم تتعهد الحكومة فى قبالها بأن توصل الرسالة أو الرزمة الى أى محل شاء المرسل مقابل هذا الطابع .

وكذا الطوابع المالية فان السند الذى يحمل هذه الورقة يعتبر ذا أهمية

فى نظر الدولة والعرف ، وهكذا الحال فى بقية ما كان من هذا القبيل .

وهذه آثار معتبرة توجب أن يتنافس عليها العقلاء فيبذلون بازائها الأموال ، وطبيعى أن قوام مالية الشىء - كما قلنا - أن يكون موضوعاً لغرض يبعث على تنافس العقلاء عليه .

وقد عرفت : أن هذا التنافس منوط بهذا الأثر الذى رتب عليها وإلا فلا قيمة لتلك الأوراق لو خليت ونفسها مجردة عن تلك الآثار .

أما الفرق بين هذين النحوين من القسم الثانى هو :

أن مالية ما كان على شاكلة طوابع البريد - مثلا - إنما كانت بالاعتبار للاثر المترتب عليها ، وهى فى نفس الوقت غير معتبرة من جانب العقلاء مالا بل هى ورقة يترتب عليها أثر خاص فى نطاق اعتبار جعلها .

وأما مالية النحو الأول كالدينار - مثلا - فان هذه الورقة قد أصبحت بالفعل مالا بواسطة الجعل والاعتبار ، فلا فرق بينها وبين المعادن ، والأحجار الكريمة ، بل قد يرجح العقلاء فى كثير من الموارد الأوراق النقدية ويفضلها على المعادن ، وما شاكلها . لأن الورق أخف للنقل ، والتعامل به من الذهب ، والفضة وغيرهما .

واذا تم هذا التمهيد عدنا الى الأوراق النقدية لنلتمس أحكامها الشرعية :

وبما أن مالية هذه الأوراق منحصرة بالجهة التى يمنحها الاعتبار تبعاً لكيفية تغطيتها ان كانت من قبل تلك الجهة كما سبق بيان ذلك - فمن الجدير أن نبحث عن حقيقة هذه التغطية والمعبر عنها بـ (غطاء العملة) لنرتب الحكم على أساسها ، وهى لا تخلو من أحد وجوه ثلاث :

الوجه الأول من وجوه التغطية :

وتطالعنا فيه صورتان :

الصورة الأولى - أن تكون الدولة قد أودعت فى خزانتها نقوداً مسكوكة من ذهب أو فضة فى قبال هذه الأوراق بالقدر الذى طبعت منه وخولت كل شخص يحمل تلك الأوراق أن يأخذ من البنك ما يقابل ورقته من النقود متى شاء ذلك . وعلى هذا الوجه تكون المعاملة على تلك النقود المودوعة , والتى كانت مصدر الاعتبار لهذه الأوراق ، فمن اشترى حاجته ودفع للبائع ديناراً - مثلا - فهو قد ملكه مقداراً معيناً من المال تحتفظ به الدولة فى البنك الذى تعتمد عليه ، وتكون هذه الورقة كسند خاص لتمليكه

وهل يتحقق الربا فى مثل ذلك ، لو حصل التعامل بحيث دفع عشرة أوراق فى مقابل أحد عشر ؟

الجواب عنه أن الربا يتحقق فى ذلك : لأننا فرضنا أن هذه الورقة تعبر عن تلك المقادير الفضية ، أو الذهبية فتكون المعاملة واقعة فى الحقيقة على ماتعبر عنه تلك الأوراق من النقود المسكوكة المودعة فى خزينة الدولة .

اما الزكاة - فلا تتحقق لأن المناط فى وجوب الزكاة فى النقود هو وجودها تحت التصرف ، وفى متناول اليد طول الحول ، ولعل هذا لايكون متحققاً بالنسبة الى النقود المحفوظة لدى الدولة لعدم امكان التصرف فى أعيان تلك النقود الموجودة فى خزانة الدولة ، ولكن لا ينافى هذا أن يكون لحامل النقد الحق فى المطالبة بما يقابلها من النقود إلا أن ذلك حيث يستدعى عملية من طلب ، وتأخير ، وأعمال روتينيات شكلية من شأنها أن تكون موجبة لانسلاخ كون تلك النقود تحت اليد فعلا .

الصورة الثانية - هى نفس الصورة الأولى ، ولكن المودع إنما هو سبائك وقوالب ذهبية أو فضية فبمقدار الورقة تتعهد الدولة بتسليم ما يقابلها من الذهب والفضة من تلك القوالب الموجودة عندها .

أما الربا : فيتحقق فى هذا النوع لأن الأوراق أصبحت تعبر عن هذه المقادير الذهبيـة ، أو الفضية فاذا بيع مقـدار منها بأزيد كان الزائد فائدة ربوية لعدم اشتراط كون الذهب مسكوكا فى صيرورة الزيادة من الربا .

وأما الزكاة ـ فان الظاهر عدم تحققها فيه لأن الزكاة فى ذلك إنما تحصل لو كان نقداً ، وقد عرفت أن فرض المسألة هو أن هذه الأوراق تعبر عن الكميات الذهبية ، أو الفضية لا النقود الذهبية أو الفضية .

والفرق بين هاتين الصورتين ظاهر من ناحية الزكاة فانا وإن قلنا بعدم تحققها فى كلتا الصورتين الأولى والثانية ، إلا أن منشأ عدم تحققها فى الأولى لعدم كونها فى متناول اليد ، وتحت التصرف بقول مطلق ، وان كان ما يقابل الأوراق نقوداً ذهبية أوفضية . أما فى الصورة الثانية فعدم تحقق الزكاة يرجع الى عدم كون المودوع فى قبال الأوراق من المسكوكات . وعدم كونه فى متناول اليد أيضاً .

الوجه الثانى من وجوه التغطية :

أن تكون فى قبال هذه الأوراق النقدية مقادير معينة من المال فى ذمة من منحها ذلك الاعتبار ، وهى الدولة أوالبنك ، ويكون حال الدينار ـ مثلا ـ كحال سند الكمبيالة ، فلو اشترى الشخص بهذا الدينار شيئاً من الأجناس فقد دفع للبائع ورقة تفيد أن له بذمة الحكومة ما يقابلها من المال ، وتكون الدولة التى منحت تلك الأوراق الاعتبار المالى هى المدينة للبائع بذلك المقدار من المال .

وفى الحقيقة أن التعامل فى هذه الصورة يكون على مافى الذمم والأوراق النقدية اسناد بيد الأفراد تثبت وجود الدين فى ذمة الحكومة .

وهل تتحقق الزكاة لو كانت مالية الدينار من هذا القبيل ؟ .

الظاهر العدم : لأن الزكاة إنما تتحقق فى العين النقدية الموجودة تحت التصرف وفى متناول اليد ـ كما بيناه ـ لا على ما فى الذمم .

أما الربا ـ فالصحيح تحققه : لأن ما يقابل هذا مما هو فى ذمة الحكومة إما ذهب أو فضة ، وهما من الموزون فيتحقق الربا فيه فان الشخص لو باع عشرة أوراق فى قبال أحد عشر فهو فى الحقيقة قد باع مقداراً معيناً من الذهب أو الفضة بأكثر ويكون ذلك من قبيل ما لو كان لك فى ذمة زيد عشرة أطنان من الحنطة فبعتها الى عمرو بأحد عشر طناً هى له فى ذمة زيد أيضاً فيتحقق الربا فيه .

الوجه الثالث من وجوه التغطية :

أن تكون مالية هذه الأوراق متقومة بالجهة الاعتبارية الصرفة بأن تقرر الدولة بأن كل ورقة تحمل ذلك الشعار الخاص ، وهذه الألوان والتقاطيع المخصوصة فانها تعتبر بكذا مقدار من المال ، ومن الواضح أن الدولة تلتفت الى أن ذلك الاعتبار وحده ليس بكاف لمنح هذه الاوراق السمة المالية ، لذلك تأخذ على عاتقها موضوع دعم الورق بالتعهد الشخصى ، والتقرير على نفسها بدفع مايقابله من المال لو طولبت بذلك من قبل الدول الأخرى أو الشركات الأجنبية . وحيث كان هذا المقدار أيضاً ليس بكاف لمنح الورق السمة المالية الدولية ، بل يقتصر اعتباره على الداخل ، لذلك تضطر الدولة الى الدخول فى (منطقة الاسترليني) مثلا فتجتمع عدة دول لتودع فى أحد البنوك العالمية المقادير اللازمة من الذهب ، ويكون هذا الايداع هو الرصيد للورق النقدى فى مجموعة تلك الدول المشتركة ، وقد تنسحب تلك الدولة من منطقة الاسترليني

فتسحب مالديها من الاحتياطي وتودعه في البنك الحكومي المؤسس في المملكة وتعلن هذا المعنى الى الجميع ، وتدعم هذا الايداع من جهة أخرى بما تمتاز به تلك الدولة من معادن وثروات طبيعية ، كالنفط ، والكبريت ، والفحم وما شاكل ذلك من الثروات الطبيعية .

وبعد كل هذا يعزز ماذكرناه نفس مركز الدولة بين بقية الدول وهذه وإن لم تكن عوامل أساسية لتغطية النقد الورقي ، إلا أن لها قيمتها الاعتبارية في أنظار الناس فتعطي الورقة رصيداً سوقياً في الداخل والخارج .

والظاهر : أن دينارنا الورقي في هذه الأيام من هذا القبيل فماليته ناشئة من الجعل والاعتبار وتكون قيمة هذه الأوراق منوطة بما تعتمد عليه الدولة من الاحتياطي المذخور لديها وبما يدعمه من المعادن والثروات الموجبة لاعتبار جعلها في الداخل والخارج ، وإن لم تكن الدولة مستعدة فعلا بدفع ما يقابل الورقة النقدية من تلك السبائك أو النقود الموجودة لديها ، إلا أن وجود ذلك ـ ولو بعيداً عن متناول اليد ومعرض التصرف ـ رصيد يدعم تلك الأوراق .

هل يتحقق الربا في هذه الاوراق ؟ .

والآن وبعد أن عرفنا حقيقة الاوراق النقدية ، وأنها لاتحمل إلا جهة الاعتبار الصرف من الدولة التي فرضت التعامل بها فهل يتحقق الربا في صورة بيعها بأكثر ؟ كأن يبيعه عشرة أوراق بأثنتي عشرة ورقة . الظاهر عدم تحقق ذلك فلا تكون المعاملة ربوية لان شرط جريان الربا في المعاملة هو وحدة الجنس ـ الثمن والمثمن ـ أولاً وكونه من المكيل والموزون ثانياً ، وليست الدنانير من أي من هذين ، وهما المكيل أو الموزون ، وإن كانت وحدة الجنس متحققة فيها إلا أن الشرط الآخر ، وهو الكيل ، أو الوزن لم يتحقق فيها فلا يجري

فى بيعه بأزيد منه حكم الربا . هذا اذا كانت المعاملة بيعية صرفة لاأجل فيها بل حصل التسليم والتدت حلم فى وقته .

وأما لو حصلت الزيادة مع أجل كأن دفع له عشرة دنانير بازاء أحد عشر ديناراً يسلمه إياها بعد شهرين فهل يكون ذلك من صغريات المعاملة الربوية أو لا ؟

والاجابة على هذا السؤال :

هو أنا نتصور لهذه المعاملة وجهين : تكون صحيحة بالنظر لوجه وباطلة على الوجه الثانى .

فانا لو اعتبرنا هذه المعاملة من قبيل البيع الى أجل كانت المعاملة صحيحة بخلاف ما لو اعتبرناها من قبيل القرض الى أجل فانها حينئذ تكون من ربا القرض . ويتم فيها البطلان . بيان ذلك مفصلا :

إن الشخص مرة يبيع هذه العشرة دنانير الى الآخر بأحد عشر ديناراً لمدة شهرين فيقبل الآخر ذلك البيع ، وتتم المعاملة ولا بأس فيها لانها معاملة بيعية غاية مافى البين أن أحد العوضين فيها مؤجل الى شهرين ، وهذا نظير مالو باعه داره على أن يدفع ثمنها بعد شهرين ولا مانع فى ذلك . هذا لو كانت المعاملة بيعية .

ومرة ثانية تكون المعاملة قرضية ، كأن يقرضه فعلا عشرة دنانير ليدفع له عند الأداء بعد شهرين أحد عشر ديناراً ، ولاشبهة فى ربوية هذه المعاملة القرضية لاشتمالها على القرض مع الزيادة فتجرى عليها أحكام الربا ، وإن لم يكن فى البين مكيل أو موزون .

إذاً فى مقام الانشاء لابد من الالتفات الى الفرق بين هاتين المعاملتين: البيع الى أجل ، والقرض الى أجل حيث يتحقق الربا فى الثانى دون الاول .

الاوراق النقدية وما ماثلها بعد سقوط اعتبارها المالى :

مما سبق عرفت أن بعض الاشياء لا تكون ماليته ذاتية بل تكون ماليته تابعة للجعل ، كالاوراق النقدية ، وطوابع البريد وما شاكلها .

وبحثنا فى هذا الفرع يتضمن بيان ضمانها لو سقطت العين عن المالية - فمثلا - لو غصب شخص من آخر ديناراً وجاء بعد ذلك ليرده اليه أو أخذ من أحد طوابع بريدية وبعد ذلك ألغت الدولة اعتبارها .

ويلحق بذلك ما لو غصب من شخص ما كان فى وقته ذا قيمة وسقطت قيمته حين الأداء كما لو غصب من شخص ماء فى فصل الصيف وكان المكان فى الصحراء حيث لا يوجد ماء وأراد بعد ذلك تسليم ما غصبه من الماء فى المدينة إذ يكون الماء عادة مبذولا فى المدن .

فما هو الحكم لأمثال ذلك ؟ بعد أن جاء الغاصب ليرد العين مع أنها فى وقت الرد غيرها فى وقت الغصب أو الاخذ .

ولضمان الاعيان المغصوبة أو التالفة ، مراتب ثلاث :

أولا - ضمان الخصوصية الشخصية . والتى تتكون بنفس تلك العين فان فقدت العين أو سقطت عن الاعتبار فلا بد من الانتقال .

ثانياً - الى ضمان النوع وهو المثل .

فان فقد أو سقط الاعتبار فيه فلا بد من الرجوع .

ثالثاً - الى ضمان الجنس ، وهو المالية .

ولا يكون الانتقال من مرتبة الى لاحقتها إلا بعد تعذر السابقة .

والقيمة المالية أيضاً تختلف .

فهل هى قيمة يوم الغصب ؟

أو أنها قيمة يوم التلف ؟

أو أنها قيمة يوم التسليم ؟

أو أنها قيمة الأيام المتوسطة بين يوم الغصب ، أو التلف أو التسليم ؟

أقوال عديدة ذكرت فى محلها . ولا مجال لبحثها مفصلا بهذه العجالة والمهم هو أن شيخنا - دام ظله - يختار قيمة يوم الأخذ أو الغصب .

والآن - فالورق النقدى وما شاكله - بعد انعدام اعتباره المالى . من البين أنه لا ينفع فيه ضمان الخصوصية الشخصية لفرض انعدام قيمته . ولا قيمته النوعية المنحصرة فى إرجاع مماثله إذ لا قيمة لماثله بعد أن ألغى الاعتبار المالى لهذا الورق أو لهذا الطابع البريدى - إذاً - فلا بد من اعتبار كون المضمون هو الجنس المتمثل بقيمته المالية .

فالدينار - مثلا - لابد من أداء قيمته قبل سقوط اعتباره وطابع البريد أو تذاكر القطار لابد من تسليم قيمتها يوم كان لها الاعتبار المالى .

وكذا الماء المأخوذ فى الصحراء تقدر قيمته فى ذلك الموضع مع ملاحظة بقية الخصوصيات الموجبة لارتفاع قيمته فى ذلك الوقت . نعم يبقى علينا أن نتصور ونبين المقياس فى المالية فهل يكون الذهب أو الفضة هما المقياس لتقدير المالية أوهناك شىء غيرهما . ويستظهر شيخنا - دام ظله - أن الذهب والفضة هما المقياس بالدرجة الأولى . فلو غصب ، أو أخذ من آخر ديناراً وأراد تسليم قيمته بعد سقوط اعتبار العين فلا بد من تقدير قيمته يوم كان معتبراً ومجعولا ، وما كان يساوى من الذهب أو الفضة فى ذلك اليوم فلو كانت قيمته تساوى مثقالا من الذهب ، كان عليه أن يؤدى مثقالا فى هذا اليوم وهكذا .

أما لو فرضنا إلغاء اعتبار نفس الذهب والفضة من قبل العقلاء ، أو فرضنا

انعدامه من الوجود ، أو ندرته على حد يصعب على الضامن تحصيله فحينئذ ينتقل الى الأجناس الموجودة فيدفع له من الحنطة أوغيرها من بقية الحبوب - مثلا - ما كان يدفع بازاء الدينار فى ذلك الوقت يوم كان للدينار أولطابع البريد وأمثالها الاعتبار المالى .

التقاط الأوراق النقدية :

وحيث كانت الأوراق النقدية ، والطوابع البريدية ، وأمثالها مما لم تكن له علامة فارقة ولا تميز لبعضها على الآخر فماذا يصنع من يجدها فى عرض الطريق ، وكيف يتوصل الى معرفة صاحبها مع انها معدومة الميزات بعضها مع الآخر .

وترقيم الدنانير وان كان موجوداً إلا أن الانسان كثيراً مالا يلتفت الى هذه الأرقام ليضبطها لتكون من العلامات الفارقة .

إذاً فما هو حكم التقاط هذه الأوراق النقدية وغيرها .

ويرى شيخنا الأستاذ - دام ظله - أن هذه الأوراق من فروع المال المجهول مالكه ولا بد فيه من الرجوع الى الحاكم الشرعى ليقول كلمته فيه ولا يسوغ للملتقط التصرف فيه بعد تعريفه ، وقبل مراجعة الحاكم الشرعى لأن تلك الأحكام مختصة باللقطة التى يكون لها علامة ويمكن التعريف بها ولا أقل من الشك فى شمولها لما لا يمكن التعريف والاحتياط يقتضى الرجوع فيها الى الحاكم الشرعى ان لم يكن ذلك هو الأقوى .

ومن المستحسن ونحن فى هذا الصدد من بيان حقيقة المال المجهول مالكه ولمن يكون رجوعه .

ماهو المال المجهول المالك :

والجواب على هذا السؤال :

أنه كل مال لا يعرف صاحبه فعلا ولا طريق الى تعيينه وجداناً أو تعبداً ، والأخبار الواردة عن أهل البيت عليهم السلام فى هذا النوع من المال يمكننا تصنيفها الى أقسام أربعة :

القسم الأول - ويشتمل على ما يفيدنا لزوم طلب صاحب ذلك المال مع عدم اليأس ظاهراً ، ويدخل فيه ماورد فيمن كان له حق ففقد ولا يدرى أحى هو أم ميت ، ولا يعرف له وارثاً ولا نسباً ولا ولداً .

كما روى عن حماد بن عيسى عن معاوية بن وهب قال : سئل أبو عبد الله عليه السلام عن رجل كان له على رجل حق ففقد ولا يدرى أحى هو أم ميت ولا يعرف له وارث ولا نسب ولا بلد ، فقال عليه السلام : أطلبه ، قال : إن ذلك قد طال فأصدق به ، قال : أطلبه (١) .

ومن هذا التكرار فى الأمر من الامام عليه السلام بالطلب يظهر لنا أن من بيده ذلك المال لابد له من طلب صاحبه ، وليس ببعيد أن المنظور فى هذه الرواية هو الحث على عدم اليأس ، والعثور على صاحبه فيلزمه حينئذ الطلب وإبقاء العين مع المحافظة عليها .

القسم الثانى - ومؤداه اعتبار المال أمانة فى يد من وجده بعد الطلب واليأس وينتظم فيه ماورد فى أجير مفقود ، كما ورد عن هشام بن سالم قال : سأل أبو خطاب الاعور أبا ابراهيم عليه السلام وأنا جالس فقال : إنه كان عند أبى أجير يعمل بالأجر ففقدناه وبقى له شىء من أجره ولا نعرف

(١) الوسائل كتاب الدين باب من كان عليه دين وجب عليه نية القضاء .

له وارثاً ، قال : فاطلبه ، قال : قد طلبناه ولم نجده ، قال فقال : مساكين وحرك يديه (١) قال : فأعاد عليه ، قال : اطلب واجهد فان قدرت عليه وإلا فكسبيل مالك حتى يجيء له طالب فان حدث بك حدث فأوص به إن جاء له طالب أن يدفع اليه (٢) .

ومن هذا القسم نفهم الأمانية وان هذا المال كسبيل مال الواجد من ناحية المحافظة عليه وأنه أمانة شرعية يلزمك حفظها لصاحبها .

القسم الثالث - ويفيدنا لزوم التصدق بذلك المال المجهول مالكه .

ويدخل فيه ماورد فيمن بقي عنده بعض متاع رفيقه ولا يعرف صاحبه كما روى عن يونس قال : سألت عبداً صالحاً عليه السلام فقلت : جعلت فداك كنا مرافقين لقوم بمكة وارتحلنا عنهم وحملنا بعض متاعهم بغير علم وقد ذهب القوم ولا نعرفهم ولا نعرف أوطانهم وقد بقي المتاع عندنا فما نصنع به ؟ قال فقال: تحملونه حتى تلحقوهم بالكوفة ، قال يونس فقلت له : لست أعرفهم ولا ندرى كيف نسأل عنهم ، قال فقال : بعه وأعط ثمنه أصحابك ، قال فقلت : جعلت فداك أهل الولاية ؟ قال : نعم (٣) .

ومن هذه الرواية يظهر لنا التصدق بالمال بعد حصول اليأس من صاحبه ومن العثور عليه فيأمر الامام عليه السلام بالتصدق ليكون التصدق بالمال هو الطريق للوصول الى صاحبه .

القسم الرابع - ويتضمن الاذن بالتصدق بذلك المال ولكنه مشروط

---

(١) علق فى الوافي على قول الامام عليه السلام - مساكين - بقوله : بيان يعني انتم مساكين حيث ابتليتم بهذا او حيث لم تعرفوا لمن هو .

(٢) الوافى المجلد الثالث ص ٥١ باب المال المفقود صاحبه .

(٣) نفس المصدر السابق .

بأخذ الرخصة من الامام عليه السلام بذلك التصدق . ويظهر ذلك جلياً فى رواية داود بن يزيد ، عن أبى عبد الله ـ عليه السلام ـ قال له رجل : انى أصبت مالا ، وانى خفت فيه على نفسى فلو أصبت صاحبه دفعته اليه ، وتخلصت منه ، فقال أبو عبد الله : لو أصبته كنت تدفعه اليه ؟ فقال : إى والله ، فقال ـ عليه السلام ـ : فأنا والله ماله صاحب غيرى ، قال : فاستحلفه أن يدفعه الى من يأمره ، قال : فحلفت ، قال : فاذهب فقسمه فى إخوانك ، ولك الأمن مما خفت منه ، قال : فقسمته بين اخوانى (١) .

فمن قول الامام ـ عليه السلام ـ (والله ماله صاحب غيرى) يتضح لنا جلياً حكم هذا المال المجهول مالكه الأصلى ، وأنه لابد فيه من إرجاعه الى الامام لأنه صاحبه ليقول كلمته فى ذلك .

ومن هذا العرض لهذه الأخبار تلخص لدينا أن :

القسم الأول من الأخبار ، يحث على طلب صاحب المال فقط .

والقسم الثانى من الاخبار ، يدل على كون المال أمانة بيد الواجد .

والقسم الثالث من الأخبار ، يدل على جواز التصدق من دون استئذان

والقسم الرابع من الاخبار ، يدل على التصدق بعد الاستئذان ، لانه مال الامام عليه السلام .

ويقف شيخنا الاستاذ ـ دام ظله ـ ليختار القسم الرابع لكونه مقدماً على بقية الاخبار المذكورة ، إذ أن أمر الامام عليه السلام فى القسم الثانى بالمحافظة على المال وابقائه أمانة أو أمره فى القسم الثالث بالتصدق به يمكن أن يكون لبيان الحكم الواقع ويمكن أن يكون اذناً خاصا من الامام فى ابقائه أمانة أو فى التصدق به وقوله فى هذه الرواية الرابعة : « والله ماله صاحب

(١) الوسائل ـ الباب ٧ من ابواب اللقطة حديث ١

غيرى ، ثم أمره بالتصدق يكون شارحاً لذلك الاجمال فى ذينك الخبرين ومبيناً أن المراد به هو المعنى الثانى وبذلك يكون هذا الخبر الرابع حاكما على الخبرين المذكورين بمعنى أنه يكون شارحاً لهما ومبيناً للاجمال فيهما فتكون الحكومة حكومة شرح وايضاح. وبتعبير آخر إن الامام ـ عليه السلام ـ أرجع ذلك اليه فيهما ، وقد أمر فى ذينك الروايتين بالتصدق ، والأمانية ويكون ذلك إذناً خاصاً منه فى التصدق ، أو الحفظ عنده ، وإلا فانه مال يرجع أمره اليه. وليس التصدق لولاية من بيده المال شرعاً ، فلا ولاية له على ذلك ، بل الولاية للامام ـ عليه السلام ـ وقد سأله عن أمر ذلك المال فأمره الامام ـ عليه السلام ـ بالتصدق .

وقد يعترض : بأن مجهول المالك كاللقطة لابد فيه من التعريف سنة فان حصل صاحبه ، وإلا فهو لقطة يجرى عليه مايجرى عليها . وليس الحكم فيه هو إرجاعه الى الامام ـ عليه السلام ـ .

كل ذلك يظهر من الخبر الوارد فى لص ، أودع متاعا مسروقا عند آخر ، فجاء الأمين ليسأل الامام الصادق ـ عليه السلام ـ عن حكم هذه الوديعة . والرواية عن حفص بن غياث ، قال : سألت أباعبد الله ـ عليه السلام ـ عن رجل من المسلمين ، أودعه رجل من اللصوص دراهم ومتاعاً ، واللص مسلم هل يرد عليه ؟ فقال (ع) : لا يرده فان أمكنه أن يرده على أصحابه فعل ، وإلا كان فى يده بمنزلة اللقطة يصيبها فيعرفها حولا فان أصاب صاحبها ردها عليه ، وإلا تصدق بها ، فان جاء طالبها بعد ذلك خيره بين الأجر والغرم ، فان اختار الأجر فله الأجر ، وإن اختار الغرم غرم له وكان الاجر له » (١)

---

(١) الوسائل ـ الباب ١٨ من ابواب اللقطة حديث ١

والجواب عن هذا الاعتراض :

إن هذا الحكم ربما كان من مختصات موارد أمانات اللصوص لخصوصية فى البين تقتضى التعريف بذلك المال سنة ، ومن ثم التصدق به . مضافا إلى أن مجهول المالك لابد فيه من التعريف إلىحد يحصل اليأس عن العثورعلى صاحبه وهذا الخبرأيضا من موارد مجهول المالك ، وقد جاء السائل يعرض الموضوع على الامام (ع) فأمره بعد مرور السنة بالتصدق ، أما التحديد بالسنة فلانه بها يحصل اليأس على العثور غالباً .

بقى عندنا القسم الاول : وهو الخبر الوارد فيمن كان له حق ، ولا ندرىأين يطلب صاحبه ، وهذه الروايه عرفت انها تختلف عن بقية الروايات لأن بقية الروايات إنما تضمنت الحكم بعد اليأس عن حصول صاحب المال وهذا المعنى لم يظهر فى القسم الأول ، بل أقصى ما فيها أنه لم يعرف صاحبه أو نسبه ، أو وارثه فأمره الامام - عليه السلام - بطلب صاحبه ولم يعرض السائل بخدمته انه قد حصل له اليأس ، بل أقصى مافى البين أن السائلقدأخبر الامام (ع) بأن البحث عن صاحب المال قد طالت مدته ، وهو لا يدل على اليأس وإلا لألحق قوله إن ذلكقد طال ، وقد أيست من صاحبه ، ولهذا نرى الامام (ع) يكررعليه الأمر بالطلب ، ولا معنى لهذا التكرارمع فرض أن الامام (ع) فهم من السائل حصول حالة اليأس من العثور على صاحبه . إذاً فلا تكون هذه الرواية دليلا على التوقف فى مجهول المالك ، ويتحتم علينا الأخذ بالطائفة الرابعة ، والتى عرفت أن مفادها هو أن هذا النوع من المال راجع الى الامام حسبما جاء من قوله (ع) : « والله ماله صاحب غيرى » .

غايته : أنه أمره أمراً شخصياً بأن يتصدق به لا أن حكمه الشرعى هو ولاية التصدق به لمن هو فى يده من دون مراجعة الامام (ع) .

وحيث عرفت بعد تقديم الأخبار الدالة على التصدق بمجهول المالك بعد مراجعة الامام فيه يظهر لنا بوضوح حال الأوراق النقدية وما شاكلها كطوابع البريد ، وتذاكر القطار السارية المفعول فانها أموال لايعرف صاحبها ولا بد فيها من التعريف حتى يحصل اليأس عن العثور على صاحبها ، وهذه وان كانت غير معلمة ومميزة إلا أن بعض القرائن الخارجية قد توجب اطمئنان النفس بصدق لهجة من يدعى أنه صاحبها . وعلى أى حال فبعد حصول اليأس من غير نظر الى مرور السنة ، أو أكثر ، ولم يحصل صاحبها لابد فيها من الرجوع الى الحاكم الشرعى ليأذن بالتصدق بها عن صاحبها ، أو يأمر بها فى صرفها فى جهة أخرى حسب نظره . بعد هذا فلو التقط شخص شيئاً من هذه الأوراق النقدية ، وما كان على شاكلتها ، فقد عرفت أنه لا يجوز تملكها ابتداء ، بل لابد فيها من الرجوع الى الحاكم الشرعى بعد حصول اليأس من مجيء مالكها ليقول كلمته فيها من التصدق ، أو التملك ، أوغيرهما . فلو عمل الملتقط كل ذلك وتصدق بالمال عن صاحبه بعد الرجوع الى الحاكم الشرعى وبعد هذا حضر صاحب المال فهل له المطالبة بالمال أولا ؟.

الظاهر عدم ذلك لأن الامام ـ عليه السلام ـ أو الحاكم الشرعى إنما فعل ذلك بحسب ولايته الشرعية عليه فلاحق له بمطالبته . وهذا بخلاف مالوكان الملتقط قد تصدق بالمال من دون مراجعة الى الحاكم الشرعى ليستأذن منه ، لو قلنا : بولاية الملتقط ، أو من بيده مجهول المالك على التصرف بالمال فان صاحب المال يتمكن حينئذ من مطالبة ذلك الشخص بماله . ربما يقال بذلك .

ولكن الصحيح أن مجهول المالك حتى لو قلنا بأن ولايته بيد من كان المال عنده فان هذا المقدار بنفسه كاف فى نفوذ التصرف ، وان لم تكن له الولاية على نفس المالك كما هى للامام ـ عليه السلام ـ أو الحاكم الشرعى .

تنبيـه :

من مطاوى البحث عرفنا ان مجهول المالك هو المال الذى لا يعرف صاحبه ، ولـكن شيخنا الأستاذ ـ دام ظله ـ أراد أن ينبه على توسعة هذا التعريف ، وشموله للمال معلوم المالك ، ومجهول محل الاقامة ، بحيث لايشترط فى المال أن يكون صاحبه مجهولا من الابتداء ، ليكون منطبقاً على مثل الأمانة التى أودعها اللص عند آخر ، فجاء الأمين يسأل الامام ـ عليه السلام ـ عن حال هذه الوديعة التى لا يعلم صاحبها الحقيق ، بل يكون المال مجهولا ، حتى ولو عرف صاحبـه ، ولـكنه جهل محل الاقامة ، وبحث عنه فلم يعـثر عليه ـ كما تضمنته الرواية المتقدمة ـ فيمن بق عنده بعض متاع رفيقه فان ذلك المال معلوم مالكه ، لأنه متاع الى رفيقه ، ولـكنه جهل محل إقامـة ذلك الرفيق فكان فى عداد المال مجهول المالك .

الخلاصة :

وبعد هذه التوسعة فى المال مجهول المالك نرى :

ان كلما كان له اعتبار مالى ، ولم يمكن تشخيصه بعلامات فارقة لو التقطه الشخص ، أو وصل بيده من دون التقاط ، ولم يعرف صاحبه فهو مال مجهول المالك ، ولا بد فيه من الرجوع الى الحاكم الشرعى بعد حصول اليأس عن مجىء مالكه ليقول كلمته فيه .

أعمال البنوك والمصارف

كلمة لابد منها ، اقسام البنوك والمصارف
الأمانات ، التوفير ، الكفالات ، الحوالات
تحصيل الشيكات ، تحصيل الأوراق التجارية
الحسابات الجارية ، بيع وشراء الأسهم والسندات
خصم الأوراق التجارية (الكمبيالات) الاعتمادات
المستندية خطاب الاعتماد ، معاملات مصارف
الرهون والعقار والصناعي .

كلمة لابد منها :

لم يكن التعامل السائد الآن فى العالم محافظاً على طابعه القديم ، بل أخذ - نتيجة للتطور - يخضع الى النظم الاقتصادية الحديثة . وقد اعتمد واضعو تلك النظم على تركيز الأسس الربوية لبناء التعامل السوقى ، - وبطبيعة الحال - أن هذا يبتنى على نظام الفوائد . وهذا مما لا تقره الشريعة الاسلامية المقدسة بل وقد كافحته بشتى الوسائل .

وفى الوقت نفسه لابد من الاعتراف ، بان الحياة الاقتصادية أخذت تحتم على الأفراد - بما فيهم تجار وغير تجار - من التعامل مع المصارف أو البنوك سواء بالمباشرة ، أو بوسائط عديدة بحيث أصبح من العسير الانفكاك عنها بعد أن أصبح التعامل السوقى مرتبطاً ارتباطاً كلياً بالمؤسسات المصرفية وبين هذين يقف الشخص ، والحيرة تأخذ عليه مسالك التفكير فما يصنع ؟.

إن ضروريات الحياة تلجئه الى التعامل المذكور .

والشريعة المقدسة تأمره بالابتعاد عن الربا ، والتعامل فيه فهل بالامكان أن ينعزل الشخص ويترك هذا المجتمع ليحافظ على دينه ، ومن ثم الابتعاد عن الربا وآثامه ؟.

أو يترك الباب مفتوحاً على مصراعيه فلا يبالى بما تمليه عليه الشريعة المقدسة من التنديد ، بأكل المال بالباطل ،وليكن بعد ذلك ما يكون ، ولكل من هذين المسلكين محاذيره ومشاكله .

ولابد والحالة هذه من ملاحظة جميع الأعمال التى تجرى عليها البنوك والمصارف فى يومنا الحاضر ، لنرى مدى التقائها مع الطرق الشرعية الصحيحة والتى تكون بعيدة عن الربا والربويات فقد - أحل الله البيع وحرم الربا - .

والى جانب ذلك فتح لنا الشارع المقدس طرقاً عديدة لاستحصال الربح من الطرف الآخر تكون بعيدة عن - اكل المال بالباطل - كالهبة والجعالة وما شاكل .

أقسام البنوك والمصارف :

اذا صنفنا البنوك والمصارف لرأيناها تنقسم الى ثلاثة أقسام :

١ - حكومية : ويكون رأس مالها مكوناً من أموال الدولة ، ولا حق لشخص معين فيه ، بل هو مصلحة حكومية .

٢ - أهلية : ويتكون رأس مال البنك الأهلى من اشتراك عدد من ذوى المال وتكون الارباح مقسمة على نسبة الحصص التى يملكها كل مشترك منهم .

٣ - مشتركة بين الحكومة والاهالى : وتكون مجموع الحصص مشتركة بينهم على نسبة معينة بين الطرفين .

ونتيجة لهذا التقسيم تكون أموال البنوك الحكومية مجهولة المالك بينما تكون البنوك الاهلية معلومة المالك . أما البنوك المشتركة فان أموال الدولة فيها تكون مجهولة المالك ، وقد اختلطت بأموال معلومة المالك ، وهى أموال الأهلين الذين كانت لهم سهام فيه .

البنوك الحكوميـة :

وطبيعي أن إفراد البحث ، والكلام فيها كقسم مستقل إنما هو بنـاء على أن الدولة لا تملك ما تحت يدها من الأموال فيكون ذلك المال من أفراد المال المجهول مالكه ، وأما من يرى من الفقهاء بان الدولة ـ وان كانت جائرة ـ مالكة ـ فحينئذ ـ لا يفرق الحال من الوجهة العلمية بين بنوك الدولة ، أو الاهالى ولا يكون أثر لهذا التقسيم (١) .

وعلى اعتبار أن أموال البنوك والمصارف الحكومية مجهولة المـالك تختلف طبيعة المعاملة المصرفية ، لان فى بعضها يكون الشخص هو الذى يدفع المال الى البنك ابتـــداء ليسترجعه منه بعد مدة ، وهـذا كما فى الودائع والحوالات ، والتوفير ، وأمثالها .

ويكون إعطاء المال فى هذه الصور من قبل الشخص الى البنك بمنزلة من أتلف ماله ، وعند الاسترجاع يكون ما يأخـذه منهم مع ما يضاف اليه من الفوائد من فروع المال المجهول مالـكه، ويحتاج ـ حينئذ ـ الى إجازة الحاكم الشرعى للتصرف بتلك الأموال المأخوذة ، ولا يتحقق فى البين قرض ، ولا يكون ما يأخذه من الفرق المستحق من الفوائد الربوية .

وهناك وفى بعض الصور الأخرى يكون البنك هو الدافـع الابتدائى للمال ويستلم ما يدفعه بعد مرور مدة معينة من القابض ، ويتحقق ذلك فى جميع صور الاقراض من جانب البنك وبعض صور التحويل .

(١) لايسع المقام البحث عن مالـكية الدولة اوعدم المالـكية . فقداختلفت كلمة الفقهاء في ذلك ـ والمهم في البين ـ هو ان شيخنا الأستاذ ـ دام ظله ـ لايرى مالـكية الدولة ، وللبحث ادلته ولا مجال للتطرق اليها .

ومن الواضح . أن المال المأخوذ من البنك إبتداء يكون من المال المجهول مالكه ولا بد للتصرف فيه من إجازة الحاكم الشرعى - كما تقدم - .

وأما حين الاستحقاق ومطالبة البنك للمدين بما دفعه اليه فان ما يدفعه المدين من الأصل والفروق المستحقة يكون مأخوذاً منه على نحو القهر والاجبار ، حيث لا يسعه التخلف عن إعطاء ذلك المقدار من المال ولا بد من الالتفات الى أن الشخص - سواء فى حالة القبض للمال ، أو فى حالة الدفع اليهم - لا يصح له نية الاقتراض، والقرض ، وأخذ الفوائد ودفعها فان الطرف المقابل لا يملك ما تحت يده من المال ، فالمعاملة من الاصل باطلة ، ولا يتحقق فيها من ذلك شيء .

البنوك الأهلية :

وتتكون من الأموال التى جمعت من قبل المساهمين ، وبعد العمل بها يكون المجموع من الأموال الحلال المختلطة بالحرام . ذلك لان هؤلاء لم يجروا فى معاملاتهم المذكورة على اصول الشركة من التجارة المحللة بتلك الاموال ، بل أخذوا يجرونها فى المعاملات التى يتحقق فيها الربا ، كالأمانة وبعض صور التحويل والتنزيل ، مع عدم الالتفات منهم الى الطرق التى يمكن التخلص فيها عن الربا وآثامه .

- وحينئذ - فتكون معاملات القرض كلها باطلة وفاسدة .

وعليه فلا يخرج المال المقبوض منهم عن واحد من محتملات ثلاثة :

١ - انه مال حلال لاحتمال أن يكون ذلك المقبوض مما أجريت عليه معاملة صحيحة ، أو أنه مال للبنك أرجعه المستقرض عند استحقاقه ، وان كان أصل القرض فاسداً ، أو أنه مال دفعه اليهم شخص يريد تحويل مبالغ

من النقود الى بلد آخر ، ودفع لهم فرقاً ـ حيث ينزل ذلك على القرض من المحول للبنك ـ ويكون إعطاء الفرق من ناحية المقرض لا المستقرض ، ولا مانع منه ـ كما سيظهر ذلك عند البحث عن صور التحويل .

٢ ـ ويحتمل أن يكون ذلك المال من الحرام ، لأنه مأخوذ من الفوائد الربوية .

٣ ـ ويحتمل أن يكون مالاً حلالا قد اختلط بالحرام .

فى هذه الصور لو أحرز القابض أن ما بيده من المال من أى من هذه المحتملات الثلاثة ، لانتهت المشكلة ، لانه بالنسبة الى ما يعلم حليته فقد ملكه وبالنسبة الى ما علم حرمته ، أو كونه من المختلط فلابد فيه من إجازة الحاكم الشرعى للتصرف فيه .

ولو لم يحرز وكان احتمال كونه من أحد المحتملات الثلاثة موجوداً فان يد المعطى كافية لاعتبار ذلك المال حلالا ، لان اليد إمارة على ملكية صاحب اليد على ما تحت يده ، ويكون هذا كافياً لجواز الأخذ منه وان كان احتمال كون ذلك المال من الحرام ، أو كونه من المختلط موجوداً . كما هو مضمون رواية مسعدة بن صدقة عن أبى عبدالله عليه السلام قال : كل شيء هو لك حلال حتى تعلم انه حرام بعينه فتدعه من قبل نفسك وذلك مثل الثوب يكون عليك قد اشتريته وهو سرقة ، والمملوك عندك لعله حر قد باع نفسه أو خدع فبيع قهراً ، أو امرأة تحتك وهى اختك ، أو رضيعتك ، والاشياء كلها على هذا حتى يستبين لك غير ذلك أو تقوم به البينة (١) .

(١) الوسائل ـ كتاب التجارة ـ ابواب ما يكتسب به ـ الباب ٤ حديث ٤

البنوك المشتركة :

فان احتياج العميل معهم الى اجازة الحاكم الشرعي للتصرف بتلك الأموال لازمة له ، وذلك لان الصورة الاولى من الصور الثلاث المذكورة فى الأموال الموجودة فى البنوك الأهلية الصرفة لم تتحقق هنا لانتفاء احتمال كون ماقبضه من المال من الحلال الخالص لان هذا المال قسم منه يعود الى الدولة وهو مجهول المالك ، ويضاف اليه الاشكال فى أصل الخلط المالين : أموال الدولة وأموال الأهالى فانه من الخلط بين معلوم المالك ومجهوله . وذلك موجب لعدم صحة المعاملة ، والمعاوضة عليه .

أعمال البنوك :

١ـ الامانات

وهى المبالغ التى يودعها أصحابها فى البنوك ، والمصارف حفظاً لها من التلف . وقد شجعت البنوك هذا النوع من الايداع سواء كان لمدة محدودة أو غير محدودة إذ فى مثل هذه الحالة يستطيع البنك استثمار هذه الأموال فى موارد النفع بين فترتى الايداع والسحب ، وبازاء هذا الايداع يعطى البنك فائدة للمودع تختلف باختلاف المدة التى يكون المال فيها مودعاً .

ولا توقف فى نفس الايداع من الجهة الشرعية لو تخلى عن أخذ الفائدة عليه ، ولمعرفة حال هذه الفائدة لابد لنا من ملاحظة حال الأمانة من الناحية الشرعية .

وقد أبدى شيخنا الأستاذ - دام ظله - رأيه فى الموضوع بما يلى :

الأمانة الشرعية حكمها أن لايتصرف الأمين بما أودع لديه من المال وأما لو أذن صاحب المال بأن يتصرف الأمين بالمال المؤمن - كما هو الحال فى الودائع لدى البنوك والمصارف - سواء كان الاذن حين الايداع ، أو بعده فلا بد من تحليل هذا الاذن بالتصرف ، وما هو المقصود منه ؟

ويتصور الاذن بالتصرف على صورتين :

الصورة الأولى - أن يكون مفاد الاذن المذكور هو بقاء المال على ملك صاحبه ، وللبنك حق التصرف فيه - وحينئذ - يكون العوض المأخوذ بتلك الأموال ملكا لصاحب المال ، لأنه دخل فى ملك من خرج المال من ملكه . ولا يمكن تنزيل معاملات البنوك على هذه الصورة لأنها لاتستغل هذه الاموال على أن ما تشتريه بازائها لأصحاب تلك الأموال ، بل هى أعواض راجعة للبنك ، والبنك يحتسب فوائد معينة يعطيها لصاحب المال .

الصورة الثانية - أن يكون مفاد الاذن بالتصرف راجعاً الى كون العوض المأخوذ بازاء تلك الأموال راجعاً الى المتصرف ، والذى هو البنك فيكون المال لأحدهما ، وهو صاحبه ، والعوض للآخر ، وهو البنك . وهذا غير معقول ، إذ كيف تجتمع اباحة التصرفات الناقلة مع كون العوض ملكا للمتصرف ، لأنه لابد أن يدخل أحد العوضين فى ملك من خرج العوض الآخر عن ملكه ، إذ أن طبيعة المعاوضة تقتضى ذلك فان من يأخذ العوض لابد وأن يكون المال المدفوع بازاء ذلك العوض خارجا من ملكه . أما لو خرج من ملك شخص آخر - كما فى مفروض هذه الصورة - فلم يحصل فى البين تعاوض ، بل يكون الخارج خارجاً بلا عوض والداخل داخلا بلا عوض فلا تتحقق فى البين معاوضة .

وقد حقق شيخنا الأستاذ - دام ظله - ذلك فى باب المعاطاة تحقيقاً كاملا (١) . إذاً فبقاء المال على ملك صاحبه واعتبار كون العوض المأخوذ بازائه للمتصرف فيه لا يكون معقولا - وحينئذ - لا مجال لنا إلا إعتبار كون إباحة التصرفات بالمال المودع من قبل صاحبه إنما هى اباحة فى تملك المال فاذا أذن صاحب المال أن يتصرف الأمين بالمال تصرفا ناقلا كان ذلك عبارة أخرى عن الاذن فى تملك المال ، ثم إيقاع المعاوضة عليه من قبل المأذون ويكون المال خارجاً عن ملك المأذون وعوضه داخلا فى ملكه .

واذا وصلت النوبة الى التملك لاحظنا أن الطريق هنا الى التملك منحصر فى موردين :

الأول - التملك المجانى . كأن يقول صاحب المال للبنك : أنت مأذون فى تملك هذا المال ، والتصرف به بما شئت بعد ذلك ، ولكن لا يمكن تنزيل

---

(١) إعلان المعاطاة - تارة : تنزل على البيع ، ويكون الدافع بائعاً والقابض مشتريا ، ولا يعوزهما إلا التلفظ ، فمن دفع ديناراً الى صاحب الطعام ، واخذ صاحب الطعام الدينار ، واعطاه المقدار من ذلك كان الأول مشتريا ، والثاني بائعاً - وحينئذ - تجري على ذلك احكام البيع ماعدى اللزوم ، فان اللزوم إنما يكون بالعقد ، اما الفعل المعاطاتي فلا اثر له إلا التمليك والتملك ، ويكون لكل منهما حق الرجوع واسترجاع ما دفعه وإرجاع ما قبضه إلا ان تطرأ احد الملزمات المذكورة في باب المعاطاة كالتصرف في احدهما - على تفصيل مذكور في محله - وثانية تنزل على ان الدافع للدينار - مثلا - إنما يدفعه لا بعنوان التمليك ، بل بعنوان الاباحة فيكون كل منهما قد اباح لصاحبه التصرف فيما دفعه اليه ، مع بقائه على ملكه ما لم يطرأ احد التصرفات الناقلة - على اشكال وتفصيل - في ذلك .

اما شيخنا - دام ظله - فقد اختار الوجه الأول ، ولا مجال لذكر الأدلة على ذلك .

معاملات البنوك على هذه الصورة لأن لازمه أن صاحب المال لايستحق شيئاً على البنك بعد ذلك لاذنه له بالتملك ودخول العوض فى ملك البنك ، مع أن صاحب المال لا تسمح نفسه بذلك قطعاً .

الثانى ـ أن يكون تملك المال من قبل البنك تملكا ضمانياً لا مجانياً ، بمعنى أن المالك يقول للبنك : « تملك هذا المال عنى مضموناً عليك ، وتصرف به لنفسك » ولا يخرج هذا عن القرض ، لأن القرض لايخرج عن كونه تمليك المال الى الغير مضموناً عليه ، ويكون اعطاء الفائدة بازاء ذلك القرض المذكور من المدين ، والذى هو البنك لصالح الدائن وهو صاحب المال ـ وهو من الربا ـ وإنما سمى أمانة بلحاظ أن هذا الاقراض ليس لمصلحة المستقرض وهو البنك فقط ، وإنما هو لمصلحة المقرض ـ المودع ـ أيضاً ، لأن البنك يحافظ بهذا الايداع على المال من السرقة والتلف ، ولأجل هذه الجهة يسمى ايداعاً وقد قرروا الفائدة عليه شيئاً معيناً لا يتجاوز الحد الأعلى له ٤٫/ ، بينما قرروا الفائدة على (الكمبيالات) ٥ ./ ، أو أكثر حسب اختلاف البنوك .

وهذا التفاوت هو الذى يثبت لنا أن الاقراض فى باب الودائع ليس لمصلحة المستقرض فقط ، بل هو لمصلحة المقرض أيضاً ، والذى هو صاحب المال . أما بقية الأبواب ـ كالكمبيالات ـ أو ما شاكل فان الاقراض فيه يكون لمصلحة المستقرض .

وفى الحقيقة أن هذا القرض لا يتعدى بقية القروض ، لكنه بحيلة اقتصادية ترغيباً من البنوك الى الناس فى ايداع أموالهم حفظاً لها من التلف وتعويداً لهم على الادخار .

فهو قرض حقيقة بعنوان الايداع ، وإلا فهو أجنبي عن الأمانة الشرعية نعم هناك صورة يصح فيها هذا النوع من الايداع ، ولو كانت نتيجته القرض

وتصويرها : أن لايكون اعطاء الفائدة من قبل الأمين مأخوذاً كشرط فى عقد القرض من طرف المقرض بل أن صاحب المال يقرض البنك المبلغ الذى عنده من دون شرط ، إلا أن البنك تفضلا منه يخصص مقداراً من الأرباح التى تحصل لديه ليضيفها الى أصل المال ، وليس ذلك من الربا كما قال المحقق :

« القرض اذا شرط فيه المقرض الفائدة كان حراما ، وأما لو لم يشترط الفائدة ، بل التزم المستقرض إعطاء الفائدة فهو ليس من الربا » (١) .

وبناء على هذا فتصح هذه المعاملة ، ولا تكون من الربا . إلا أنه لا يمكن تنزيل معاملات الودائع فى البنوك عليه ، إذ أن دفع الفرق بازاء ايداع المال وإن لم يصرح فيه بين المتعاقدين ، إلا أنه مما تبانى عليه الطرفان فهو منظور أساسى لكلا الطرفين المودع والمودع عنده فيكون شرطا ضمنيا ، ومع ذلك لا تكون هذه المعاملة صحيحة لاشتمالها على الربا .

وهل يخرج هذا النوع من الايداع على العارية الشرعية ؟

فلم لم يكن هذا المال المودوع عند البنك من قبيل العارية الشرعية والتى يجوز التصرف بها من قبل المستعير ، ويكون إعطاء الفرق على ذلك المال من قبيل الهبة ، أو ما شاكل من الوجوه التى يصحح بها إعطاء الفروق - كما تقدم - .

ويجاب عن ذلك : بأن العارية وان كان يجوز للمستعير التصرف بها إلا أن ذلك مشروط ببقاء العين ، وتكون التصرفات مختصة بغير التصرفات الناقلة (٢) وإلا فلو كانت التصرفات موجبة لعدم بقاء العين فلا تكون عارية

---

(١) الشرائع : البحث عن الديون ص ١١٧

(٢) راجع فى هذا الشرط جميع المصادر الفقهية .

شرعية - كما نحن فيه - من الأموال فان التصرف بها يوجب عدم المحافظة على العين ، ولذلك فهي ليست بعارية كما لا يخفى .

إذاً فايداع المال عند البنك وأخذ الفائدة عليه لا يكون صحيحاً من الوجهة الشرعية - لما عرفت - من أن هذه المعاملة منزلة على القرض وأخذ الفائدة عليه .

ولكن يمكن تصحيح هذه المعاملة بنحو إذا قصد الدافع بدل اجراء المعاملة قرضاً اجراءها على نحو البيع بينه وبين البنك فيبيع له الأقل النقدى بازاء الاكثر المؤجل - مثاله - أن يبيع للبنك مائة دينار نقدية - بمائة وثلاثة دنانير - مؤجلة لسنة واحدة فتكون المعاملة صحيحة بناء على ما ذكرناه فى البحث عن الأوراق النقدية وأنها ليست من الجنس الربوى حيث لم تكن مكيلة ولا موزونة فلا مانع من التفاضل فيها كما أنها ليست من النقدين المسكوكين كى يعتبر التقابض فيها فى المجلس لتجرى عليها أحكام الصرف وحيث تمت المعاملة البيعية بين الطرفين للمدة المحدودة بينهما فلا يجوز لكل منهما الفسخ قبل المدة .

٢ - التوفير

ولو لاحظنا التوفير ، لما وجدناه شيئا خاصا يختلف عن الأمانات التى - سبق البحث عنها - إلا أن التوفير انشىء من قبل البنوك والمصارف لتشجيع صغار المدخرين ، حيث يقبل البنك المبالغ القليلة لايداعها باسم أصحابها . ولذلك يجرى عليه كلما بيناه - فى البحث السابق - .

إلا أن هناك فرق بين الأمانات والتوفير فالأمانة لا يتمكن صاحبها من استرجاعها قبل المدة ولكن فى التوفير لصاحب المال استرجاع ما أودعه فى أى وقت كان وتحسب له الفوائد على المدة التى كان المال فيها تحت تصرف الامين ـ وهو البنك ـ .

فلو أردنا تصحيح التوفير بتنزيله على المعاملة البيعية بين الطرفين لما كان بالنظر الاولى لصاحب المال استرجاعه فى أى وقت شاء ولكنه يمكن أن تنزل هذه المعاملة على أن يشترط صاحب المال الخيار لنفسه على البنك فى أن له أن يسترجع ماله فى أى وقت شاء لكنه مشروط بأن يدفع البنك الفرق على المدة التى يبقى فيها المال عنده بالنسبة فلو كان الفرق لتمام السنة هو أربعة دنانير وأراد الفسخ فى نصف السنة كان نفوذ فسخه مشروطا بأن يدفع البنك له دينارين .

إلا أن معاملات التوفير جارية على القرض والفائدة لا على البيع بالاكثر فتكون باطلة من هذه الجهة .

٣ ـ الكفالات

ويراد بالكفالة :

أن يتعهد طرف لطرف آخر بالقيام بعمل معين يتفق عليه الجانبان فيسمى الطرف الأول (متعهداً) بينما يكون الطرف الثانى (متعهداً له) وفى هذه الحالة قد يطلب الطرف الثانى من الطرف الأول ضمانات مالية تعوضه عما قد يصيبه من خسائر فيما لو انسحب الطرف الأول دون أن يتم

ما تعهد بالقيام به ، لذلك يلجأ هؤلاء المتعهدون الى البنوك والمصارف لتكفلهم وتضمن قيامهم بالعمل الذى اتفقا عليه ، وفى هذه الحالة يصدر البنك خطاباً الى المتعهد له يتعهد فيه بكفالة الطرف الأول وضمانه بأن يدفع عنه مبلغاً من المال اذا طولب بدفعه وفرض عدم قيام الطرف الأول بما اتفق عليه مع الطرف الثانى .

وتشترك الجهات الثلاث وهى المتعهد والمتعهد له والكفيل فى الفائدة .

فالمتعهد : يستفيد من هذه الكفالة بأنه لايقدم ضماناً مالياً الى الطرف الآخر بل يمكنه الاستفادة منه فى نواحى أخرى من أعماله التجارية .

والمتعهد له : تكون فائدته من هذه الكفالة هى ضمان حقه وحصول من يعوضه عما قد يصيبه من الخسائر لو انسحب الطرف الأول ولم يتم ما تعهد به .

والكفيل : يستفيد من كفالته لأنه يتقاضى ممن يكفله عمولة يتفق عليها بازاء كفالته له .

ومن هذا العرض نعرف أن الأركان فى هذه المعاملة ثلاثة :

المكفول له : وهو المتعهد له .

والمكفول : وهو المتعهد .

والكفيل : وهو البنك أو المصرف .

ولتوضيح بيان الحكم الشرعى لهذه الكفالة يحسن بنا أن نوسع البحث فيها الى جهات ثلاث :

الأولى ـ فى وجه أخذ الكفيل المبلغ المعين من المكفول بازاء

كفالته له أمام المكفول له .

الثانية - فى وجه أخذ المكفول له المبلغ الذى يتعهد به الكفيل لو تأخر المكفول عن القيام بما حصل الاتفاق عليه مع المكفول له .

الثالثة - فى رجوع الكفيل على المكفول فيما دفعه عنه وهل للمكفول أن يتأخر عما دفعه الكفيل عنه أو لا ؟

أخذ الكفيل العمولة من المكفول :

وتخريج ذلك يكون على واحد من الطرق الآتية :

الأول - أن نجعل ذلك المال من الوعد الصرف الذى لايجب الوفاء به

الثانى : أن ينزل ذلك على الجعالة بازاء كفالته له ليكون ملزماً بدفع المال المقرر للكفيل بعد صدور الكفالة منه .

الثالث - أن ينزل ذلك على التصالح بين الطرفين .

الرابع - أن ينزل ذلك على العقد بين المكفول والكفيل ليكون المكفول ملزماً بدفع المبلغ المقرر ويكون الكفيل ملزما بدفع الكفالة بناء على ما حققناه فى محله من عدم اختصاص العقود المأمور بالوفاء بها فى الآية الكريمة : « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » بالعقود المعهودة بل هى شاملة للعقود الحادثة التى جرى عليها العقلاء فى الأعصار المتأخرة مالم تكن مشتملة على ما دلت الأدلة على فساده كالربا ونحوه من مفسدات المعاملة . أما شيخنا الأستاذ - دام ظله - فقد رجح الوجه الرابع على بقية الوجوه لكون مانحن فيه من المعاملات المستحدثة التى لا يمنع من نفوذها مانع شرعى وفى الوقت نفسه فان إطلاق « أوفوا بالعقود » كاف فى لزوم الوفاء بها . وتنزيلها على إحدى الصور السابقة لايخلو من بُعد .

أما قولنا بأن هذا النوع من الكفالات مستحدث ولم يكن له وجود على عهد المشرع الاسلامى فذلك لأن الكفالة التى يذكرها الفقهاء والتى كانت فى الصدر الأول هى :

أن يتعهد الكفيل باحضار شخص المكفول لدى المكفول له وبهذا المقدار لا يستوجب الضمان بحال من الأحوال ، ومما سيأتى يتضح لك أن الكفالة مقتصرة على إحضار نفس الشخص لا التعهد بالخسارة فى نظر الفقهاء

فاذا اعتبرنا هذا النوع الجديد من الكفالة من جملة العقود التى ينطبق عليها لزوم الوفاء بالعقد بضميمة ما حققناه فى محله من عدم اختصاص العقود المأمور بالوفاء بها بالعقود المعهودة بل هى شاملة لكل عقد ما لم يكن فاسداً فلامانع إذاً من أخذ المبلغ من المكفول لصالح الكفيل سواء كان المكفول فرداً أو مؤسسة تجارية .

إلزام الكفيل بدفع ما على المكفول للمكفول له :

فلو تخلف المكفول عن القيام بما اتفق عليه الطرفان فهل يلزم الكفيل بدفع ما على المكفول للمكفول له ؟

وللتوضيح نقول : لو تعهد شخص ببناء ـ مدرسة ـ لآخر واتفق الطرفان على أنه لو تخلف المتعهد بما اتفقا عليه فعليه أن يخسر كذا مقدار من المال الى المتعهد له واستعد الكفيل على تحمل الخسارة لو أخل المكفول بما اتفق عليه مع المكفول له ، فهنا لو اتفق أن المكفول تخلف عن القيام بما هو ملزم بالقيام به فان الكفيل ملزم بدفع المبلغ الى المكفول له بحسب العرف التجارى ، وفى هذه الجهة الثانية نريد أن نرى أن الجهة الشرعية هل تلزم الكفيل بدفع الخسارة الى المكفول له أولا ؟ بل له أن يتخلف عن ذلك فنقول :

إن طبيعة الكفالة المعروفة عندنا فى الشريعة الاسلامية لا تقتضى ضمان الكفيل وخسارته لما على المكفول من حق الى المكفول له - كما سبق بيانه - .

ولكن بعض الأجلة من علماء العصر ذهب الى الضمان ، فقد قال فقيه عصره السيد أبو الحسن الأصفهانى - قدس الله روحه - ما يلى :

« وإن كان - يعنى المكفول - غائبا غيبة منقطعة لا يعرف موضعه وانقطع خبره لم يكلف الكفيل إحضاره وهل يلزم ما عليه الأقرب ذلك خصوصا اذا كان ذلك بتفريط من الكفيل - الى أن قال - : مسألة - اذا لم يحضر الكفيل المكفول فأخذ منه المال فان لم يأذن له المكفول لا فى الكفالة ولا فى الأداء فليس له الرجوع عليه بما أداه ، واذا أذن له فى الأداء كان له أن يرجع به عليه سواء أذن له فى الكفالة أيضا أم لا ، وأما اذا أذن له فى الكفالة دون الأداء فهل يرجع عليه أم لا ؟ لا يبعد أن يفصل بين ما اذا أمكن له مراجعته وإحضاره للمكفول له فالثانى وبين ما اذا تعذر له فالاول »(١)

فمن ظاهر كلمات السيد - رحمه الله - نفهم أن المكفول اذا أذن للكفيل بالأداء كان للكفيل الرجوع على المكفول فيما أداه عنه ، ومن الواضح ان المكفول فى يومنا هذا يأذن الكفيل بأن يؤدى عنه ما يتفق على الخسارة لو أخل هو بما التزم به الى المكفول له ، ولا يقدم الكفيل على ذلك ما لم يعتمد على مقدار الرصيد الذى يدعم المكفول من نقد أو عقار أو ما شاكل .

وقد نبه شيخنا الاستاذ - دام ظله - بأن هذه التفريعات التى ذكرها الفقيه السيد الاصفهانى رحمه الله لعل الاصل فيها ما ذكره صاحب الجواهر رحمه الله (٢) .

---

(١) وسيلة النجاة ج ٢ ص ٢٤٦ ، الطبعة السابعة .
(٢) الجواهر كتاب الضمان باب الكفالة ص ٤٢٥

حيث قال : « نعم فى المسالك ومحكى التذكرة ومجمع البرهان إنما يجب عليه الاحضار عند أمكانه أما اذا لم يمكن كما اذا غاب غيبة منقطعة لا يعرف له موضع ولا خبر لم يكلف باحضاره لعدم الامكان ولا شيء عليه لأنه لم يكلف المال ، بل قيل إنه ظاهر الباقين أيضاً ، لكن فى القواعد لو هرب المكفول أو غاب غيبة منقطعة فالأقرب التزام الكفيل بالمال أو إحضاره مع احتمال براءته ويحتمل الصبر (وعن جامع المقاصد) أن الأول أصح لأن مقتضى الكفالة إحضار الغريم أو أداء ما عليه من المال ، والأصل بقاء ذلك الى أن يحصل المبرىء وهو المسقط للحق أوموت المكفول وأن الكفيل وثيقة على الحق كالرهن فاذا تعذر استيفاء الحق من جهة من عليه استوفى من الوثيقة » ـ انتهى .

وقال العلامة الحلى ـ رحمه الله ـ :

« وعلى الكافل دفع المكفول أو ما عليه » (١) .

ونحوه عبارة المحقق الحلى صاحب الشرائع ـ رحمه الله ـ .

والآن فهل أداء المال فى عرض الاحضار أو فى طوله أو أن أداء المال أجنبى عن الكفالة بالمرة وإنما يلتجىء اليه الكفيل لو حبس على إحضار المكفول فله أن يتخلص من الحبس بأداء ما على المكفول ، والظاهر هو الأخير فان الكفالة كما تجرى فى الأموال فكذلك تجرى فى غيرها كما فى كفالة المدعى عليه للحضور للمرافعة وكما فى كفالة أحد الزوجين للحضور الى الآخر.

هذا وغيره من كلمات الأعلام يعطينا بالنظرة الأولية أن الغرض من الكفالة هو إحضار نفس الشخص المكفول إلا أن الجماعة بنوا على أحد الاحتمالين الأولين أعنى كون أداء المال من مقتضيات الكفالة لكن :

---

(١) تبصرة المتعلمين ـ كتاب الكفالة ص ٧٣

إما مطلقاً فتكون الكفالة قاضية بالتخيير ، أو فى طوله بحيث أنه إنما يجب عليه من الحق - كما يشعر به تعليل جامع المقاصد - لأن الكفيل وثيقة على الحق ، لكن كل ذلك لم يقم عليه دليل ، نعم اذا تم اعتبار كون هذه المعاملة من المعاملات المستحدثة المشمولة لعموم « أوفوا بالعقود » فلا مانع حينئذ من تحمل الخسارة ، على أنه يمكن توجيهها بما يوجه به الأمر المعاملى الموجب لضمان الآمر كما لو قال الآمر : ألق متاعك فى البحر وعلىّ ضمانه ، فيكون الأمر حينئذ بمنزلة الايجاب وامتثال الطرف الآخر بمنزلة القبول .

وهذا التوجيه إنما يتم فيما لو قال الكفيل للمكفول له : « بعه أو استأجره وأنا ضامن لحقك » .

رجوع الكفيل على المكفول فيما دفعه عنه :

وتتضمن هذه الجهة الثالثة البحث فى رجوع الكفيل على المكفول وهل للمكفول أن يتأخر عما دفعه الكفيل أو لا ؟

وقد ذكروا فى رجوع الكفيل على المكفول فيما أداه عنه من أنه إنما يرجع اليه اذا أذن له بأداء الخسارة لو تخلف عن القيام بما تعهد به الى الطرف الآخر أما اذا لم يأذن بذلك بل أذن له فى أصل الكفالة فقط فلا معنى لرجوعه عليه فيما أداه عنه ، ومن هذا يظهر أن الكفالة لها مرحلة خاصة والاذن بالأداء مرحلة أخرى ، ولكن هذا الذى ذكروه من أن الكفيل يرجع على المكفول فى صورة تحقق الاذن من المكفول فيما أداه عنه يتنافى مع ما تقدم ذكره من كون الكفالة تقتضى التخيير بين إحضار الشخص المكفول أو أداء ما عليه ، نعم لعله يلتئم مع كون أداء الكفيل من باب كون الكفيل وثيقة على الحق لا من جهة اقتضاء نفس الكفالة ، أما اذا

لم يكن فى البين إلا مجرد الوثيقة لم يكن للمكفول له أخذ المال من الكفيل حتى مع تعذر إحضار المكفول إذ أقصى ما فى البين هو كون الكفيل بمنزلة الرهن والرهن بمجرده لايوجب السلطنة على أخذ الدين من العين المرهونة كما حقق فى محله ، بل يحتاج الى الاذن من الحاكم الشرعى ليتصرف فى تلك العين أو يكون التصرف بالعين من قبيل المقاصة .

(وبالجملة) الكلمات فى المقام مشوشة وفى كتب أهل السنة ماهو أكثر من هذا التشويش كما فى بداية المجتهد لابن رشد فلاحظ ذلك من ص ٢٩١ الى ص ٢٩٤ .

قال شيخنا الأستاذ ـ دام ظله ـ معقباً ذلك :

بأن الذى يمكن الوثوق به هو كون الكفالة عندنا ـ معاشر الامامية ـ مقصورة على احضار شخص المكفول ولا يدخل فيها أداء ما عليه بوجه من الوجوه .

نعم لو أرجعنا هذه الكفالة الى الأمر المعاملى من الكفيل الى المكفول له كانت المعاملة صحيحة ـ كما ذكرناه ـ .

٤ ـ الحوالات

والتحويل الذى تجرى عليه المصارف والبنوك على صورتين :

الصورة الأولى :

أن يدفع الشخص الى البنك فى النجف ـ مثلا ـ مبلغاً قدره مائة دينار ويأخذ بالمبلغ المذكور تحويلا على البنك فى بغداد وبازاء هذا التحويل يأخذ البنك من المحول عمولة معينة .

الصورة الثانية :

أن يأخذ ذلك الشخص المبلغ المعين من آخر فى النجف ويحوله على تسلم المبلغ من شخص ثالث أو بنك أو مصرف فى بغداد فيدفع البنك المبلغ ليتسلمه من المحول عليه ويأخذ بازاء ذلك عمولة معينة .

أما التحويل فى الصورة الأولى :

فالظاهر أن الحكم فيه خال من الاشكال لأن ذلك التحويل لا يخرج عن واحدة من اثنتين :

فاما أن يكون منزلا على بيع العشرة دنانير المدفوعة فى النجف أو المائة دينار بمبلغ أقل فى بغداد ولا مانع من هذا البيع لأن الدينار ليس من المكيل أو الموزون ليتحقق الربا فى هذه المعاملة البيعية .

أو يكون ذلك التحويل منزلا على القرض كأن يقرض البنك المبلغ المدفوع فى النجف كاملا ليتسلم وفاء عنه المبلغ بنقيصة معينة ، وهذا أيضاً لا اشكال فيه لعدم تحقق الربوية فى ذلك لأن الربا هو الزيادة التى يأخذها الدائن من المديون لا الزيادة التى يأخذها المديون من الدائن ، وفى هذه الصورة كان الشخص الآخر هو المدين والمكلف بايصال المبلغ الى بغداد أما الذى دفع الزيادة فهو الدائن وقد استوفاها المدين فلا يكون هذا القرض ربوياً ، وقد قلنا فيما تقدم إن الفقهاء اشترطوا فى تحقق القرض أن يكون ذلك القرض قد جر نفعاً الى المقرض والقرض المذكور فى صورتنا قد جر نفعاً للمقرض له وهو المديون ولا شبهة فيه .

وأما التحويل فى الصورة الثانية :

فيختلف حكمه حيث يأخذ الشخص فى النجف من البنك المائة دينار ويدفع له تحويلا بالمبلغ المذكور وزيادة ، وحينئذ فان نزلنا هذه المعاملة

على البيع فلا مانع فيها حيث يبيع العشرة الحاضرة أو المائة الموجودة بمائة وزيادة أو يبيع المائة بمائة مع اشتراط دفع الزيادة المذكورة ، والسبب فى عدم المنع هو أن الدينار ليس من المكيل ولا الموزون فلا ربوية فى هذا البيع .

وأما لو نزلنا هذا التحويل على القرض جاءت شبهة الربا لأن الزيادة خرجت فى الصورة من المدين وهو الشخص المستلم الى الدائن وهو البنك أو المصرف لأن المفروض أن البنك قد أقرضه المبلغ فكان دافع الفرق هو القابض للمبلغ وهو مدين فكان هذا القرض مما جر نفعاً الى الدائن ولذلك فهى معاملة ربوية .

٥ ـ تحصيل الشيكات

الشيك أو الصك لا يخرج عن كونه ورقة تحويلية على بنك أو مصرف يأمره بموجبه دفع مبلغ معين لحامله ، ولذلك فهو يعتبر من الأوراق التجارية القابلة للتظهير ، ومعنى التظهير هو أن يوقع حامل الصك خلف الصك ليكون مختصاً بمن يكون فى حوزته ، ويعنى تحصيل الصك هو قبض قيمة الصك لحساب حامله ، ومثال ذلك :

ما لو أمر شخص بموجب الصك البنك الفلانى بدفع مائة دينار مثلا لحامل ذلك الصك ، فى هذه الحالة قد لا يرغب حامل الصك تسلم المال بنفسه من الجهة المحول عليها فيتولى أحد الطرفين أو البنوك بتحصيل ذلك المبلغ لحامله ، وربما كان المحول عليه فى بلد آخر ولم يتمكن حامله من السفر اليها ، ولهذا التحويل فوائد كثيرة ، وبازاء هذا التحصيل يتقاضى البنك أو الصراف عمولة معينة فى قبال تحصيله المال الى حامل الصك .

وقد اعتبر شيخنا الأستاذ ـ دام ظله ـ هذا النوع من التحصيل

من فروع مسألة الحوالة لان حامل الصك يحول من يشتريه بتسلم المبلغ المذكور من البنك المسحوب عليه فتجرى على ذلك أحكام الحوالة - وقد تقدم البحث عنها - فلا داعى الى التكرار واعادة ما سبق .

٦- تحصيل الأوراق التجارية

ونعنى بذلك أن يقوم البنك بمطالبة المدينين بالاموال المستحقة عليهم لصالح الدائنين ، فلو كانت لشخص على آخر ورقة تثبت بانه مدين له بمائة دينار ففى هذه الحالة ينوب البنك بتحصيل هذا المبلغ من المدين ليوفر على الدائن ما قد يترتب على المطالبة من مصاريف وتحصيل .

وبازاء هذه العملية من المطالبة والتعقيب يتقاضى المصرف عمولة من الدائن نظراً لما قدمه من خدمة .

ويرى شيخنا (دام ظله) أن مرجع هذه العملية الى توكيل البنك لقبض المبلغ من المدين وإيصاله الى الدائن وله على ذلك جعالة أو اجارة معينة وليس فى ذلك أى منع شرعى ، فان البنك يكون وكيلا من قبل الدائن لمطالبة المدين فان توقيع السند وتسليمه الى البنك توكيل له بالمطالبة وتحصيل ما للدائن بذمة المدين .

وتختلف حال هذه العمولة التى تؤخذ من الدائن فان خرجناها على الجعالة فلا بد من تحصيل الوكيل المال من المدين ، وأما لو لم يحصل الوكيل المبلغ من المدين فليس له أخذ تلك العمولة ويكون ذلك من قبيل ما لو قال الشخص (من وجد ضالتى فله علىّ عشرة دنانير) فان أخذ هذه العشرة من صاحب الضالة يتوقف على تحصيل الضالة وتسليمها الى صاحبها ، أما لو لم يحصل الضالة

فليس له أخذ الجعالة ، وأما لو خرجناها على الاجارة فان للبنك أو أى جهة تقوم بهذا العمل أخذ المبلغ من الدائن لان الاجارة كانت على نفس العمل والذى هو المطالبة وقد حصل ، وليس ذلك موقوف على النظر الى أن المدين دفع المبلغ أولا لان الوكيل قد قام بعمل استؤجر عليه .

٧ـ الحسابات الجارية

لاشك أن لكل عميل فى بنك معين الحق فى أن يسحب أى مبلغ على ذلك البنك ، ولكن يشترط أن لا تزيد قيمة المسحوب عما هو له من الرصيد إلا أنه عند وجود الثقة فى العميل قد يسمح البنك له بان يسحب مبالغ يعين البنك مقدارها (تبعاً لوجود الثقة) ويسمى ذلك (بالسحب على المكشوف) على أن تحتسب فائدة على المبالغ التى تزيد عن رصيد حسابه .

ويرى شيخنا الاستاذ (مد ظله) أن هذه المعاملة لا تخرج عن كونها معاملة قرضية تكون من البنك الى ذلك الشخص ، ويكون معنى الحساب المكشوف هو أن البنك يقرض عميله نظراً لوجود الثقة فيه مبلغاً معيناً من المال ويكون مايتقاضاه البنك من الفائدة علىهذه الأموال من الفوائدالربوية كما لا يخفى .

٨ـ بيع وشراء الاسهم والسندات

كثيراً ما يحدث أن توسط إحدى الشركات المساهمة البنك فى بيع الأسهم والسندات التى تملكها لما للبنك من اتصال مباشر مع عملائه فاذا

وافق البنك على ذلك فيتفق على العمولة ويتولى بعدها عملية البيع .

وقد صحح شيخنا الاستاذ دام ظله أخذ العمولة باعتبارها جعالة من الشركة الى البنك على بيع تلك الأسهم والسندات أو انها اجارة على ذلك فيكون البنك أجيراً على تعريف تلك الأسهم وبيعها ويكون أخذه للعمولة أجرة له على عمله أو انها هبة من الشركة الى البنك مشروط فيها بيع هذه الأسهم والسندات لها ويكون تخريج هذه العمولة وتصحيحها حينئذ على واحد من هذه الوجوه الثلاثة المتقدمة :

إما الجعالة على البيع :

أو الاجارة على البيع :

أو الهبة المشروطة بالبيع :

كل ذلك فيما لو باع البنك شيئاً منها أما لو لم يبع فلا يستحق العمولة ولا شيء له .

٩ ـ خصم الاوراق التجارية

(الكمبيالات)

ويراد بالخصم هو أن يدفع البنك للمقترض قبل الموعد المحدد قيمة الكمبيالة مقابل استقطاع مبلغ معين يسمى ـ بمصاريف القطع ـ والكمبيالات التى هى فى معرض التعامل على نوعين :

أولا ـ كمبيالات تعبر عن وجود قرض حقيق .

ثانياً ـ كمبيالات تعبر عن وجود قرض صورى ـ ويسمى بالمجاملة ـ .

أما النوع الأول : وهى المعبرة عن وجود قرض حقيق بين الدائن

والمدين، فيمثل لها بما لو كان لزيد فى ذمة شخص آخر مبلغ قدره مائة دينار وموعد استحقاق هذا القرض بعد مرور ثلاثة أشهر من تاريخ حصول المداينة بين الطرفين . وفى هذه الحالة ، يأخذ زيد الورقة المذكورة لينزلها عند شخص ثالث بمبلغ ثمانية وتسعين ديناراً ولابد لحامل الورقة والشخص الثالث من اعتبار هذه المعاملة بيعية لا قرضية .

ويتولى الشخص الثالث بعد ذلك مطالبة المدين بالمبلغ المذكور وهو ـ المائة دينار ـ فى الموعد المحدد .

ومن الواضح عدم تحقيق الربا فى هذه الصورة ، وإن تحققت الزيادة لان هذه العملية تكون من صغريات ـ مسألة بيع الدين بأقل منه ـ مع أن الدين لم يكن من جنس ربوى ، بل هو من الاوراق غير المكيلة ولا الموزونة .

وفى الوقت نفسه لا قرض فى البين ليتحقق الربا ، ليقال : إن وجود القرض مع الفرق يحقق الزيادة حتى ولو لم يكن الموضوع مكيلا أو موزوناً . بل هو بيع لماله بذمة الآخر الى أجل . وبتعبير أوضح :

إن الدين لو كان ربوياً كما لو كان لشخص بذمة آخر وزنة من الحنطة أو مائة مثقال من الذهب ، أو الفضة ، وما شاكل هذا . مما هو مكيل أو موزون ، فانه لا يجوز بيعه بشيء من جنس ذلك سواء كان بأقل ، أو بأكثر . لان الزيادة فى أحد المتجانسين المكيلين ، أو الموزونين . فى البيع تكون موجبه لتحقق الربوية وان لم يكن أحدهما ديناً . أما لو كان بيع الدين بغير جنسه كما فى بيع وزنة من الحنطة بوزنتين من التمن ، أو كانت المجانسة محفوظة ولكن لم يكونا من المكيل ، أو الموزون ـ كما فى الأوراق النقدية ـ فلا مانع من بيع هذا الدين بأقل منه ، أو بالأكثر . إذ لا يكون البيع ربوياً ـ حينئذ ـ .

والذى يظهر لنا فى هذه الصورة هو وجود الدين الحقيقى بين الطرفين

لان ذمة المدين حقيقة مشغولة بالمبلغ المذكور الى الدائن فيبيع الدائن ماله بذمة المدين الى الشخص الثالث .

الكمبيالات الصورية :

حيث لا يكون لأحد الطرفين قرض بذمة الآخر ، بل قد تعارف أن يكتب أحد الطرفين الى الآخر ورقة - كمبيالة - تفيد بان أحد الطرفين مدين الى الآخر بمبلغ مائة دينار وأن المدين مستعد للدفع فى الموعد المحدد . ولذا اطلقوا عليها (كمبيالة المجاملة) لذلك كانت المداينة صورية بينهما .

وبعد تمامية هذه المداينة الصورية ، يأخذ الدائن ورقة الكمبيالة ليدفعها الى البنك فيستقطع البنك مبلغاً معيناً ويدفع البنك اليه ماتبقى اليه . وعندحلول الموعد يتولى البنك مطالبة المدين بالمبلغ المذكور كاملا .

وقد يخفى الفرق بين الصورتين - كمبيالة الدين الحقيق وكمبيالة المجاملة - فى بادىء الأمر ، ولكنه واضح لدى التدقيق .

فان الدين فى الصورة الأولى موجود فيبيع أحد الطرفين - والذى هو الدائن - ماله بذمة المدين الى شخص ثالث فيكون ذلك من بيع الدين بأقل منه مع عدم كون المبيع ربوياً .

ولكن الدين فى الصورة الثانية منتف ولا حقيقة له لان ذمة المدين ليست بمشغولة الى الدائن ليتولى هذا الأخير بيع ماله الى الآخر ، وعلى هذا فبازاء أى شىء يدفع البنك المال ، مع عدم إنشغال ذمة أحدهما ولاجل هذه الجهة - وهى عدم وجود دين حقيقى فى هذه المعاملة - قد يقال : ببطلان هذا النوع من المعاملات الشائعة فى هذه الأيام .

وفى مقام تصحيح هذا النوع من - الكمبيالات - يمكن تصوير تنزيلها عند الشخص الثالث على نحوين :

تارة - تكون على نحو البيع والشراء .

وأخرى - تكون على نحو القرض .

أما لو كان التنزيل فيها على نحو البيع فالمتصور هنا صورتان :

الأولى - أن يكون توقيع - الكمبيالة - من قبل المدين الصورى والاعتراف منه بانه مدين الى الآخر بالمبلغ لينزلها عند الشخص الثالث راجعاً الى أن المدين بهذه العملية قد وكل الدائن - المجير - بان يوقع المعاوضة مع الشخص الثالث على مبلغ قدره ثمانية وتسعين ديناراً من ذلك الشخص فى قبال مائة دينار مؤجلة لثلاثة أشهر فى ذمة المدين ويدفع الكمبيالة الى الشخص الثالث ليقبض المائة دينار من المدين عند الاستحقاق ويستلم الدائن المبلغ المذكور ليدفعه الى المدين . وبذلك تنتهى المعاملة البيعية ويكون المدين الصورى مشغول الذمة الى ذلك الشخص الثالث بالمائة دينار ولا يكون فى البين شىء من الربا .

وفى هذه الصورة لو أراد الدائن أن يستفيد هو بالمبلغ وإن كان ملكا للمدين فعليه أن يجرى معاملة جديدة مع المدين فيشترى منه المبلغ المذكور وهو ثمانية وتسعون ديناراً نقدية بمائة دينار مؤجلة لثلاثة أشهر - مثلا وبذلك تتم هذه المعاملة ويكون المدين الصورى مديناً للبنك أو الشخص الثالث بمائة دينار والدائن مديناً للمدين بمائة دينار ولا ربوية فى البين .

الصورة الثانية من التنزيل على البيع :

هى أن يجرى الدائن الصورى فى الكمبيالة - معاملة انفسه مع الشخص الثالث فيشترى هذا الشخص الثالث من الدائن مبلغاً قدره مائة دينار مؤجلة لثلاثة أشهر بثمانية وتسعين نقدية وحيث تكمل هذه المعاملة البيعية بين الطرفين يحول الدائن الشخص الثالث باستلام المائة دينار عندالاستحقاق من المدين

ولا يمكن للمدين التخلف عن هذه الحوالة لان المفروض قبوله لها لتوقيعه ـ الكمبيالة ـ والاعتراف بانه مدين الى الآخر بهذا المبلغ وهو مائة دينار .

وهذا المبلغ لو أراد الدائن أن يتصرف فيه فهو ملكه ويكون مشغول الذمة بمائة دينار الى المدين حيث يدفع عنه الى الشخص الثالث ما حول عليه وأما لو أراد المدين أن يتصرف بالمبلغ كان عليه أن يجرى معاملة بيعية جديدة مع الدائن فيشترى منه ثمانية وتسعين ديناراً نقدية بمائة دينار مؤجلة .

هذا لو نزلنا هذه العملية المؤلفة من توقيع المدين والدائن وتنزيلها عند شخص ثالث على المعاملة البيعية بين الطرفين الدائن والمدين من جهة ، والشخص الثالث من جهة أخرى .

وأما لو نزلت المعاملة على القرض لم تسلم من الربا . ولكنه يختلف فمرة يكون رباً من جهة واحدة .

وثانية من جهتين :

أما لو استقرض الدائن لنفسه من الشخص الثالث مبلغاً قدره ثمانية وتسعون نقداً بمائة دينار مؤجلة وبعد اكتمال المعاملة القرضية حول الشخص الثالث على المدين ليقبض منه المبلغ عند الاستحقاق .

فهنا يتحقق الربا من جهة واحدة وهى دفع الدائن الى الشخص الثالث مائة دينار عوض ثمانية وتسعين وان كان الدافع هو المدين المحول عليه إذ المحول عليه يرجع عليه بهذه الحوالة فيكون الربا من جهة واحدة :

وأما لو وكل المدين الدائن بان يستقرض له من الشخص الثالث ثمانية وتسعين ديناراً نقدية بمائة دينار مؤجلة لثلاثة أشهر . وبعد هذا استقرض الدائن الثمانية والتسعين ديناراً على أن يدفع له بعد ثلاثة أشهر مائة دينار فهنا يتحقق الربا من جهتين :

الأولى - بين الشخص الثالث والمدين لانه يدفع له مائة دينار فى قبال ثمانية وتسعين .

الثانية - بين الدائن والمدين الصوريين لانه استقرض منه ثمانية وتسعين ديناراً مقابل مائة دينار فيكون المدين دافعاً للشخص الثالث زيادة ربوية وآخذاً من المدين زيادة ربوية .

والخلاصة :

أن تصحيح هذا النوع من - كمبيالات المجاملة - يتوقف على أن ينزل هؤلاء الثلاثة الدائن الصورى والمدين الصورى والشخص الثالث معاملتهم على البيع والشراء على النحو المتقدم . أما لو نزلت على الاستقراض لكان البطلان فيها محققاً فلابد من الالتفات فى مقام تنزيل الكمبيالة والتوجه الى الابتعاد عن القرض وإجراء المعاملات على نحو البيع .

رجوع الشخص الثالث على المجير

يجرى التعامل فى البنوك والمصارف على أن المجير الأخير والذى هو الدائن غالباً مسؤل عن المبلغ لو تخلف المدين عن دفعـــه عند الاستحقاق فللشخص الثالث أن يطالبه بتسديد المبلغ بكامله .

فما هو الوجه الشرعى لذلك ؟

وقد عرفت أن تنزيل - الكمبيالة - على البيع مع الشخص الثالث كان على صورتين فتارة تجرى على ذمة المدين والدائن وكيل فى اجراء هذه المعاملة على ذمتـــه وأخرى - يجريها الدائن لنفسه ويحول الشخص الثالث بالتسلم على المدين فلو لم يدفع المدين فى كلتا الصورتين المبلغ سواء كان قد ملكه

أو محولا عليه فهل فى البين مايلزم الدائن بالتسديد ؟ وللجواب على ذلك نقول :

إن القواعد الفقهية لا تلزم الدائن بالتسديد فى كلتا الصورتين لانه وكيل فى المعاملة الأولى ومحول فى الثانية مع فرض أن المحول عليه وهو المدين قد قبل الحوالة وبهذا القبول فقد فرغت ذمة المحول والذى هو الدائن كما صرحت به المصادر الفقهية .

ولكن يمكن الزام الدائن بدفع المبلغ عند تخلف المدين عن دفعه بتخريج ذلك على الشرط الضمنى ولكن تصحيحه يتوقف على ملاحظة هذا النوع من الشرط لو صرح فهل يصح أولا وبعد ذلك ننتقل الى الشرط الضمنى.

ففى الصورة الأولى لو كانت المعاملة جارية على ذمة المدين والدائن وكيل عنه فانه يصح له القول الى الشخص الثالث : بع زيداً مبلغاً قدره ثمانية وتسعون ديناراً نقداً بمائة دينار مؤجلة يدفعها لك المدين عند الأجل ولو لم يدفع عند الاجل فانا ملزوم لك بدفعه عنه ويقبل الآخر بهذه المعاملة ويكون الوكيل ملزماً . وفى الصورة الثانية لو قال: بعنى ثمانية وتسعين ديناراً نقداً بمائة دينار مؤجلة على شرط أن أحولك بالمبلغ على المدين ولو تخلف المدين عن الدفع بعد قبول الحوالة فانا متعهد لك بدفع المائة دينار عنه من خالص مالى ويقبل الشخص الثالث بهذه المعاملة على هذه الكيفية المذكورة .

وبعد تصحيح هذا النوع من الشرط لو وقع مصرحاً به نلتزم بتصحيحه حتى لو لم يصرح به وكانت المعاملة مبتنية عليه بحيث كان معروفاً ومتعارفاً عندهم ، فان هذا النحو من المعاملات مبنى على هذا الاشتراط فيكون من قبيل الشروط الضمنية التى ينصرف اليها إطلاق العقد نظير الانصراف الى نقد البلد كما لو اشترى سلعة من بلد - بدينار - فان المنصرف من ذلك هو كون الدينار حالا غير مؤجل وكونه ديناراً عراقياً لو كان البيع قد وقع

فى العراق ـ مثلا ـ وهذا هو الحال فى سائر الشروط الضمنية . وبهذا يكون المجير ملزماً بدفع المبلغ لو تخلف المدين عن التسديد .

تصحيح الكمبيالة على طريق الهبة :

وهل يصح تصحيح هذا النوع من الكمبيالات بتخريجها على أن يكون الفرق المدفوع على نحو الهبة من المستقرض . فيما لو استقرض مبلغ عشرة دنانير بعشرة دنانير مؤجلة ويدفع منه هبة ديناراً للمقرض والجواب عنه .

بان هذه القروض الجارية فى البنوك والمصارف أو الاشخاص الآخرين إنما تبتنى على أخذ الفرق على التأخير ومع وجود هذا التبانى لا يمكن أن يقصد الانسان دفع الهبة منه الى الشخص الثالث على نحو الاستقلال نعم لو استقرض من شخص مبلغاً وبعد مضى مدة سلمه المبلغ بنفسه وبعد ذلك تفضل المستقرض فاعطى شيئا من المال الى المقرض فان هذا حلال لان المعاملة قرضية صرفة لا تفاوت فيها وقد تمت وجاء موعد الاستحقاق فسلمه نفس المبلغ من دون تفاضل فى البين وبعد هذا منحه شيئا هبة وهذا بخلاف ما لو كان تبانيهم الدائن والمدين والشخص الثالث على أخذ الفائدة .

الفوائد التأخيرية

ونقطة أخرى لابد من معالجتها وتلك هى الفروق التى يأخذها البنك عند تأخر الدفع بعد حلول الموعد وعدم تسليم المبلغ من قبل المدين الصورى وهذا بالنظرة الأولى لا يصح أخذه لانه من قبيل أخذ شىء بازاء التأجيل وهو ربا واضح ، ولانه من قبيل السكوت عن المطالبة بالدين بازاء أخذ الفائدة وربوية هذا ظاهرة .

وقد تعرض الشيخ الأنصارى (قده) فى كتاب المكاسب لذلك وحققه تحت عنوان ـ عدم جواز تأجيل الثمن الحال بأزيد منه وقد بين هناك أن الزيادة فى قبال الأجل تكون محققة للربا بل ذكر الرواية الدالة على أن سبب نزول الآية الشريفة فى حرمة الربا الزيادة المذكورة والتى هى فى قبال تأجيل الدين الحال فراجع المكاسب ص٣٠٦ طبع ايران . على أنه قد وردت روايات فى استعمال بعض الطرق الشرعية للتخلص من الربا فى الزيادة فى قبال الأجل وذلك فى البيع المحاباتى بأن يبيع الدائن على الشخص الثالث حبة من اللؤلؤ قيمتها الشرعية عشرة دراهم ـ مثلا ـ بمائة درهم ويجعل التأجيل شرطا من المديون على الدائن ، وقد ذكر صاحب الجواهر قدس سره هذه الروايات فى كتاب الدين شارحا قول المصنف وهو :

ولو أخره بزيادة فيه لم تثبت الزيادة ولا الأجل .

قال فى الجواهر معلقاً (١) :

« بل هو للربا المحرم بلا خلاف ولا اشكال ، نعم قد يحتال لذلك بجعل الزيادة فى ثمن المبيع مثلا وان لم يساوه قد اشترط فى عقد تأجيل الحال خاصة أو هو مع ثمن البيع كما نطقت به النصوص ، ففى موثق ابن عمار قلت للرضا ـ عليه السلام ـ الرجل يكون له المال فدخل على صاحبه يبيعه لؤلؤة تساوى مائة درهم بألف درهم ويؤخر عليه المال الى وقت ، قال لا بأس قد أمرنى ابى ففعلت ذلك وزعم أنه سأل أبا الحسن ـ عليه السلام ـ عنها فقال له مثل ذلك ، وفى موثقه الآخر قلت لابى الحسن ـ عليه السلام ـ يكون لى على الرجل دراهم فيقول أخرنى وأنا أربحك فأبيعه حبة تقوم على بألف درهم بعشرة آلاف درهم ، أو قال بعشرين واؤخره المال قال لابأس

---

(١) الجواهر كتاب الدين المسألة الثانية ص ٢٩٣ .

وفى مضمر عبدالملك بن عتبة سألته عن الرجل يريد أن أعينه المال ويكون لى عليه مال قبل ذلك فيطلب منى مالا أزيده على مالى الذى عليه أيستقيم أن أزيده مالا – وأبيعه لؤلؤة تساوى مائة درهم بالف درهم فأقول أبيعك هذه اللؤلؤة بالف درهم على أن اؤخر ثمنها ومالى عليك كذا وكذا شهراً ؟ قال لا بأس به » .

وبناء على ذلك فيمكن التخلص من الربوية فيما نحن فيه بطريق الهبة بان يهب المدين مائة درهم الى الدائن ويشترط عليه عدم المطالبة بالدين الحال الى مدة سنة .

بل لعله يمكن جعل الشرط فى الهبة نفس تأجيل ذلك الدين الحال الى سنة بنحو شرط النتيجة كأن يقول له – وهبتك هذا المال بشرط أن يكون دينك الذى على مؤجلا الى سنة أخرى – أو بنحو شرط السبب كأن يقول له وهبتك هذا المال بشرط أن تؤجلنى فى دينك المذكور الى سنة .

والأولى – من ذلك أن يكون الشرط هو عدم المطالبة بالدين الى مدة معينة فانه اسلم من اشكال التأجيل سواء كان على نحو شرط النتيجة أو شرط السبب .

ولكن هل يمكن لنا أن نتخلص من اشكال الربا ؟

بالنسبة الى أخذ الفروق المستحقة بطريق الجعالة وصورتها بان يجعل المدين للدائن مبلغاً معيناً يتفق عليه الطرفان فى قبال تأجيل الدين أو فى قبال عدم المطالبة الى سنة .

وقد توقف شيخنا الاستاذ – دام ظله – فى ذلك إلا انه فصل فيه .

– فمثلا – يقال بالمنع فيما لو كانت الجعالة فى قبال نفس التأجيل وهو عين ما يراد الفرار منه .

نعم - قد يقال بالصحة فى الصورة الثانية أعنى كون مقابل الجعالة هو عدم المالية الى سنة فان عدم المطالبة - مثلا - قابل لأخذ الجعل فى قباله إذ لا يشترط فيما يكون فى قبال الجعالة عمل خارجى خاص من المجعول له ، بل يكفى الترك وعدم المطالبة كما لو جعل جعلا معيناً لمن يريد مزاحمته فى شراء الدار فيجعل لذلك المزاحم مبلغاً من المال بازاء عدم الزيادة وعدم الدخول بينهما - وان كان قد يتأمل فى هذا التنظير الأخير .

١٠ - الاعتمادات المستندية

ويقصد بذلك : هو أن يتم العقد بين التاجر والشركة فى خارج البلاد أو وكيلها الموجود فى البلد على نوع من البضاعة . وبعد أن يتفق الطرفان على الشروط والمواصفات . يتقدم التاجر الى البنك بطلب - فتح إعتماد - وفى هذه الفترة يرسل الوكيل القوائم التى تبين نوعية البضاعة ومقدارها ،والأسعار التى اتفق عليها الطرفان . الى الشركة يعلمها بذلك أن الاتفاق قد تم بينهما على هذه المعاملة ، أو يقوم التاجر بهذه العملية لو لم يكن للشركة وكيل فى البلاد .

وعندما يطلب التاجر من البنك فتح إعتماد له لابد له من أن يدفع للبنك قسماً من قيمة البضاعة - ويتبع هذا الاتفاق بين الطرفين - ويقوم البنك بعد ذلك بدفع المبلغ بكامله الى الشركة وبازاء ذلك لابد من تسجيل البضاعة باسم البنك من حين التصدير . وعند وصولها الى المحل يشعر البنك صاحبها بالوصول ويتم تحويل البضاعة من اسم البنك الى اسم صاحبها بعد أن يدفع مادفعه البنك الى الشركة مما تبقى من مبلغ البضاعة .

ويتقاضى البنك عن هذه العملية عمولة مقطوعة ازاء خدماته من تسجيل

البضاعة باسمه واعتباره طرفاً آخر فى قبال الشركة المصدرة ، وفائدة تستقطع لقاء دفع المال المتبق من يوم تسليمه الى الشركة الى يوم تسلمه المال من صاحب البضاعة .

ويحفظ الاعتماد ـ عادة ـ حقوق كل من المصدرين والمستوردين .

أما المصدر ـ فلانه يستلم قيمة البضاعة حين تصديرها . فهو بذلك يضمن حقه .

وأما المستورد ـ فلانه يستفيد بالمبلغ المتبق فى بقية مجالاته التجارية الأخرى .

يضاف الى ذلك . أن التاجر مجبور على جعل البنك وسيطاً فى تمامية المعاملة لان الحكومات تمنع تحويل الأموال وإخراجها الى خارج البلاد مالم يكن ذلك تحت نظرها واشرافها ـ وترتيباً على ذلك ـ أن الاستيراد مغلوق فى وجه التجار مالم تكن البنوك هى الواسطة فى تمامية هذه المعاملة بين الطرفين .

ويكون البحث فى هذه المعاملة فى موردين :

الأول ـ فى حلية ما يأخذه البنك من صاحب البضاعة عمولة وفائدة على المبلغ المتبق طيلة الفترة الواقعة بين يوم تسليم المال من قبل البنك وتسلمه من صاحب البضاعة .

الثانى ـ فى جواز شراء تلك البضاعة لو أعلن البنك عن بيعها وتخلف صاحبها عن تسلمها ودفع ما عليه من المال .

العموله المأخوذة على المبالغ المتبقية :

ومعاملة الاعتماد يمكن تنزيلها على صورتين تكون صحيحة فى واحدة وباطلة بالنسبة الى الأخرى .

الصورة الأولى ـ أن يكون دفع المبالغ من جهة البنك كقرضة منه لصاحب البضاعة فيكون صاحب البضاعة مديناً للبنك بالمبلغ المدفوع الى الشركة ويكون حينئذ أخذه للعمولة والفائدة باطلا لانه أجرى معاملة قرضية مشتملة على فوائد ربوية فالمعاملة باطلة ولا يسوغ له حتى أخذ العمولة ويكون تسجيله للبضاعة باسمه من حين التصدير الى يوم تسلمها من قبل صاحبها كوثيقة بيده بازاء ماله على صاحب البضاعة من الدين ولا شك فى فساد هذه المعاملة .

الصورة الثانية ـ أن تكون المعاملة المذكورة جارية على النحو الآتى :

وهو أن يتم العقد والاتفاق بين التاجر والشركة أو وكيلها على نوعية البضاعة وأوصافها فتتم المعاملة البيعية بين الطرفين إلا انها معاملة بيعية مشروطة بان يتدخل البنك بتسليم المال وفاء عما فى ذمة صاحب البضاعة للشركة فيقوم البنك بأداء ما على التاجر من الديون الى الشركة .ووفاء الدين من شخص لآخر يمكن أن يكون حاصلا على نحو التبرع من دون أن يكون المدين ضامناً للموفى، كما لو كنت مشغول الذمة لزيد بمائة دينار وأقدم صديق لك على تسليم هذه المائة من ماله الى الدائن من دون أن تملكها أنت وبذلك تبرأ ذمتك أيها المدين من الدين المذكور ـ نعم ـ لو وقعت مقاولة بين المدين وبين الموفى بان يقول المدين الى الموفى ـ أدّ عنى دينى الذى على لزيد وأنا ضامن لك مقدار ذلك المال الذى تدفعه للدائن وفاء عن ذمتى .

والظاهر أن معاملات الاعتماد الجارية بين التاجر والبنك من هذا القبيل فان العقد يتم بين الطرفين ولا يكون للبنك تدخل فى ذلك (١) وحيث

---

(١) الظاهر من التعاريف التي ذكرت للاعتمادات المستندية هو ان البنك يكون اجنبياً عن العقد بين التاجر والشركة لا انه هو الذي يكون وكيلا عن المشتري في اجراء معاملة البيع والشراء قال الاستاذ حسن محمد ربيع في كتابه

يكون التاجر مديناً للبنك بالمال والشركة عليها تصديره الى المحل تتوقف هذه العملية على تسليم المال من قبل البنك لان المصدر لا يمكنه أن يتسلم المال إلا من هذه الجهة لان الطرق مسدودة فى وجهه وكذلك المستورد فانه لا يمكنه تحويل الثمن إلا بواسطة البنوك فلا يكون ذلك من باب القرض لتكون الزيادة ربوية بل هى من باب الجعالة على أنه إذا أدى عنى دينى أن أدفع له أصل المال والزيادة المقررة .

وحينئذ فيكون التاجر ضامناً للبنك ما دفعه عنه الى الشركة وضامناً له الزيادة المقررة المأخوذة بازاء هذه العملية من تسجيل البضاعة باسم البنك وتسجيلها بعد تسليم المبلغ باسم التاجر وما يتخلل ذلك من عمليات توفر على التاجر وقته حيث لا يكون مكلفاً بمراقبة البضاعة وتصديرها وشحنها وما شاكل ذلك بل تكون هذه بعهدة البنك وحيث يصل المال يبلغ التاجر بتسلمه .

فتكون هذه المقاولة بين التاجر والبنك مؤلفة من عمليات أربع يقوم البنك باثنين ويقوم التاجر باثنين أيضا .

المصارف ص ٨٣ « ويلاحظ انه قبل فتح الاعتماد المستندي يجب ان يكون العقد قد تم بين البائع والمشتري وخاصة فيما يتعلق بالكمية والسعر وشروط الدفع والتسليم . ويتقدم المشتري بعد ذلك الى مصرفه ويملأ الطلب الخاص بفتح الاعتماد ويمكن القول بان الاعتماد المستندي هو اعتماد يفتحه مصرف لمشتر لبضائع من الخارج بضمان مستندات الشحن البحري » .

من هذا وغيره نفهم ان هذه العملية البيعية لابد من تمامها في الخارج قبل مراجعة البنك ولا تكون سمة البنك إلا انه يتكفل بوفاء ديون التاجر الى الشركة .

أما ما يقوم به البنك فهو :

اداء ما على التاجر من الدين أولا .

وتسجيل البضاعة باسمه ثانياً .

وأما ما يقوم به التاجر فهو :

الضمان للبنك بذلك المقدار الذى دفعه عنه الى الشركة أولا وإعطاء الفرق المقرر على عملية التسجيل المذكورة ثانيا .

والخلاصة :

أن هذه المعاملة تكون منزلة على أن يكون دفع البنك دين التاجر الى الشركة من قبيل وفاء دين التاجر من مال نفس البنك مع ضمان التاجر لذلك المقدار الذى يدفعه عنه الى الشركة لا أن ذلك الدفع يكون إقراضا من البنك للتاجر وأما ذلك المقدار المسمى بالعمولة المحدودة بذلك الحد فهو إنما يكون مستحقا للبنك على التاجر بازاء قيامه بتلك الاعمال أعنى جعل البضاعة باسم البنك الى حين ورودها وتسلمها لا أن ذلك القدر يكون فرقا على الدين الذى للبنك على التاجر وتكون هذه المقررات بمنزلة تعاهد بين التاجر والبنك على القيام بها كل بحسب المقرر عليه وحينئذ فتصح المعاملة إذاً فيكون أخذ العمولة من طرف البنك فى قبال قيامه بتسجيل البضاعة باسمه ونقلها الى اسم صاحبها عند الوصول ودفع بقية المبلغ وما يتخلل بين هذه من عمليات . ولعل تسميتهم لذلك المقدار الذى يأخذه البنك بالعمولة لا يخلو من اشعار بانه بازاء العمل الذى عمله قال فى المنجد « العمالة والعِمالة والعُمالة أجرة العامل ورزقه والعامة تقول العمولة » الخ ، وربما يقال :

بان تسجيل البضاعة باسم البنك لا يستدعى إعطاء الفائدة عليه لان

المال يكون كوثيقة بيده وتسجيلها باسمه يكون للتأكيد على حقوقه ولا معنى لدفع الفائدة على ذلك الجواب عنه .

بان الأمر وان كان كذلك إلا أن نفس تسجيل البضاعة من حين التصدير الى حين الوصول باسم البنك مما يكون موجبا للاهتمام بها وعدم التفريط بها من الجميع لان أهمية البنك لدى الجميع وسمعته اكثر ما للتاجر من عنوان واعتبار ، أضف الى ذلك ما يجر ذلك من عمليات النقل والانتقال والتعرض للأخطار ومطالبة البنك لشركات التأمين لو حل بالبضاعة حادث فى الطريق وكل هذه العمليات مما تكون فى صلاح التاجر وعدم تكليفه بصرف الوقت وتعقيب المعاملة من حين التصدير الى حين الوصول .

نعم عليه أن يسلم المال حيث يشعره البنك بالوصول ولا بأس بأخذ المال على هذه الأعمال التى يقدمها البنك كمساعدة منه الى التجار وفى الوقت نفسه يستفيد من ورائها بذلك المال الذى يأخذه .

ولكن لابد من الالتفات الى هذه الخصوصية وهى أن يكون التبانى بين التاجر والشركة على دفع الفرق كعمولة على خدماته لا كفرق على المال اذا كان مدفوعا من قبل البنك بنحو القرض فان وجود القرض ودفع الزيادة بازائه يوجب بطلان المعاملة وعدم صحتها .

ومن ذلك كله يظهر لك أن ما نحن فيه ليس من قبيل إقراض البنك للتاجر مع الاشتراط من البنك على التاجر بان يجعل له جعلا على تسجيل البضاعة باسمه . لما عرفت أن ما يدفعه البنك الى الشركة عن دين التاجر ليس إقراضا منه للتاجر بل هو اداء لدين التاجر من مال البنك نفسه وإن كان مضمونا على التاجر فلو كان التسجيل والنقل شرطا فى ذلك لم يكن من قبيل الشرط النافع للمقرض فى ضمن القرض .

وهذه الجهة أعنى إخراج المسألة عن إقراض البنك للتاجر بازاء هذه المنفعة هى العمدة فى تصحيح هذه المقاولة والمعاملة المقررة بين الطرفين البنك من جهة والتاجر من الجهة الثانية سواء قلنا أنها من باب الصلح أو من قبيل العقد المستقل أو قلنا بانها من مجرد وعد كل منهما لصاحبه بما يقوم به وقد وفى كل منهما لصاحبه بوعده ولا بأس بذلك وإن لم يكن فى البين عقـد ومعاملة ملزمة لكل منهما للآخر .

بيع البضاعة لو تخلف صاحبها عن تسلمها :

فلو مالو تخلف صاحب البضاعة عن تسلمها بعد إنذاره من قبل البنك فهل يجوز والحالة هذه شراء تلك الأموال لو باعها البنك لاستيفـاء ما دفعه من المبالغ الى الشركة ؟ الظاهر جواز ذلك .

لان البنك وكيل عن التاجر ببيع بضاعته عند تخلفه عن دفع ماعليه من بقية ثمنها وقد جاء ذلك صريحا فى العقد الذى يوقع عليه التاجر الحاصل بينه وبين البنك فقد جاء فى الشرط الثالث من شروط ذلك العقد ما يلى :

وعند تخلفى عن دفع المبالغ المستحقة لكم أو ابراء ذمتى نحوكم فلـكم مطلق الحرية وبدون إشعارى مقدما ببيع البضائع المذكورة» (١) .

وبمقتضى هذا التصريح يكون البنك وكيلا عن صاحب البضاعة ببيعها واستيفاء حصته من إثمانها كما يتضح ذلك جليا لمن يراجع المصدر المذكور ويقف على ورقة العقد .

---

(١) كتاب المصارف : حسن محمد ربيع ص ٨٨ .

١١ - خطاب الاعتماد

وقد اعتادت المصارف والبنوك تسهيلا منها لعملائها المسافرين الى خارج البلاد أن تزودهم بخطاب تخول فيها البنوك والمصارف ، بتزويد حامل ذلك الخطاب ما يحتاجونه من المال بالمقدار الذى تخول فيه الدفع . والغاية من ذلك هو التسهيل على المسافر من حمل النقود معه الى البلاد التى يريد الاقامة فيها أو المرور عليها حفظاً لها من التلف والضياع .

فاذا رغب المسافر الى الخارج بان يأخذ من مصرفه مثل هذا الخطاب فعليه أن يدفع المبلغ بكامله الى البنك مع دفع عمولة على ذلك يتفق عليها مع البنك وحينئذ فيزوده البنك بالخطاب المذكور وهو يوجه الى بنك معين أو البنوك العالمية بتزويد حامل ذلك الخطاب ما يحتاجه من نقود ذلك البلد - وكابينا - بشرط أن لا يتجاوز ذلك القيمة المنصوص عليها فى ذلك الخطاب .

أما الحكم الشرعى لهذه المعاملة من حيث دفع العمولة الى البنك وأخذها من قبله من المسافر فلم ير شيخنا الاستاذ - دام ظله - بأساً فى ذلك .

لانا سبق وان بينا فى البحث عن الحوالة أنها تنقسم الى قسمين :

الأول - ما كان الدفع فيه من المراجع الى البنك فيدفع له المبلغ كاملا ليحوله الى بلدة أخرى وقد ذكرنا هناك عدم الوقفة فى أخذ هذه العمولة التى يتقاضاها البنك لان الفائدة قد خرجت من الدائن الى المدين ،وقد عرفت أن الفائدة الربوية هى ما خرجت من المدين وقد جرت نفعاً الى الدائن وخطاب الاعتماد من هذا القبيل فان المسافر باعطائه المبلغ الى البنك فقد أقرضه ذلك المبلغ والبنك يحوله بالمبلغ على البلدان الأخرى والعمولة التى يتقاضاها قد جرت نفعاً الى المدين وخرجت من الدائن فلا ربوية فى البين .

١٢ ـ معاملات مصارف

الرهون . والعقار . والصناعي

وتختلف الأعمال الجارية فى هذه البنوك عن بقية البنوك حيث يكون تسليف المال فيها بازاء رهن يوضع لديها من عقار أو ذهب أو فرش أو مكائن علماً بان بحثنا الآتى يشمل البنوك الأهلية لو أرادت أن تكون لها مصارف على هذا الغرار . أما المصارف الحكومية فان حكمها عرف مما تقدم حيث يكون تسلم المال منهم ابتداء بعنوان المال مجهول المالك ويتوقف التصرف فيه على إجازة الحكم الشرعى وحين الدفع يكون أصل المال مع ما يترتب عليه من الفوائد من المال المقبوض من الشخص بالقهر والاجبار ولا وجه لبيع العين المرهونة ولا لشرائها من المصارف لانها ليست مجازة من قبل الحاكم الشرعى . والبحث فى هذه الموارد الآتية يتناول البنوك الأهلية والتى تجرى على هذا النحو من الرهن والبيع عند التخلف عن تسليم المال .

وطبيعة البحث عن هذه المعاملات يستدعى التكلم فى جهات أربع :

الأولى ـ فى الوجه فى تسلم المستلف المال من البنك أو المصرف .

الثانية ـ المسوغ لاعطاء الفائدة للمصرف بازاء ما يستلفه الراهن منه من المال .

الثالثة ـ فى المصحح لبيع العين المرهونة من قبل البنك لو تخلف المستلف عن اداء ما قبضه من المال عند الاستحقاق .

الرابعة ـ فى الوجه فى شراء العين المرهونة من قبل المرتهن لو تخلف الراهن عن اداء ما عليه من المال المقبوض .

الوجه فى أخذ المال من المصرف :

وقد تقدم أن شرحنا هذه الجهة فى التمهيد الذى ذكرناه فى المقدمة لاعمال البنوك والمصارف .

وبينا هناك أن المصرف لو كان حكومياً وكان رأى المستلف أو من يرجع اليه فى التقليد هو عدم مالكية الدولة للأموال التى تستحصلها فان هذا المقبوض يكون من فروع المال مجهول المالك ويكون التصرف فيه متوقفاً على اجازة الحاكم الشرعى وأما لو كان البنك حكومياً وكان الشخص أو مرجعه التقليدى يرى مالكية الدولة فان هذا المال يكون من فروع الأموال المقبوضة من الجمعيات الخيرية وما شاكلها حيث تكون الجهة مالكة عند من يرى مالكية الجهة .

وأما لو كان دافع المال من البنوك الأهلية أو الصيارفة فحينئذ لابد من اعمال عناية بملاحظة الطرق المسموحة بحسب الشريعة المقدسة للتخلص من الربوية ويكون الحال فى ذلك كما هو الحال فى الأموال المقبوضة بواسطة الكمبيالات فراجع البحث عن الكمبيالات .

ثانياً - اعطاء الفوائد الى المصرف :

ولابد من رعاية الطرق الموجبة لحلية الفرق للمصرف واسهلها هو جعل المعاملة خارجة عن القرض بان يكون المنشأ هو المصالحة أو بيع هذا المقبوض من أوراق العملة ويكون عوضه عند رأس المدة هو المجموع من ذلك المقدار والفرق المقرر

ثالثاً - بيع العين المرهونة :

ولم يبق علينا إلا أن نعرف ما لو كان للمصرف الحق في بيع العين المرهونة عند تخلف المستلف عن دفع ما عليه من المال الى البنك أم لا ؟

ومن الواضح أنه بالنظرة الأولى لايجوز للمرتهن بيع مابيده من الرهن إلا باجازة الراهن نفسه وذلك لان الرهن أمانة بيد المرتهن ولا يجوز له التصرف بها ما لم يشترط المرتهن على الراهن أنه اذا حل الأجل ولم يدفع له المال يكون المرتهن مسلطاً على بيع مابيده من الرهن إستيفاء لحقه . وعند ذلك هل يكون مثل هذا الشرط صحيحا ؟

ويجيب شيخنا الاستاذ دام ظله عن هذا السؤال : بان الظاهر صحة مثل هذه الشروط سواء كان هذا الشرط مخرجا على نحو شرط النتيجة أو على نحو شرط السبب (١) .

وذلك فانا لو نزلنا الشرط على نحو شرط النتيجة فحينئذ لا يتوقف المرتهن الى اجراء صيغة الوكالة بل نفس الشرط يكون كافياً لاثبات وكالة المرتهن على بيع العين المرهونة عند تخلف الراهن عن دفع ما تسلمه من المال .

---

(١) شرط النتيجة ، وشرط السبب اصطلاحان يراد بهما :

شرط النتيجة : ان المرتهن يشترط على الراهن بانه وكيل عنه في بيع العين المرهونة اذا تاخر عن دفع المبلغ الذي اخذه منه .

شرط السبب : معناه ان المرتهن يشترط على الراهن ان يوكله بعد ذلك على البيع .

وأما لو نزلنا الشرط على نحو شرط السبب فيحتاج المرتهن الى الحصول على الوكالة من قبل الراهن على البيع . فلو امتنع الراهن من توكيل المرتهن على بيع العين المرهونة والمفروض أنه متخلف عن اداء ما عليه من المال الى المرتهن فيكون هذا من قبيل تخلف الشرط .

وعليه فما هو المخرج لانقاذ أموال المرتهن فى مثل هذه الصورة ؟ لا طريق للمرتهن إلا اجبار الراهن على ان يوكله فى بيع العين المرهونة واستحصال ما دفعه اليه من المال ولو لم يستفد من الاجبار المذكور أو لم يتمكن منه فحينئذ ينحل الشرط . ومن الواضح أن انحلال الشروط فى المعاملات إنما يكون لصالح المشروط له ليفسح المجال أمامه لفسخ المعاملة . ومن البديهى أن فسخ المعاملة فى هذه الصورة لا يكون لصالح المرتهن (البنك) ليستفيد من البطلان .مضافاً الى أن الرهن من قبله فى حد نفسه يكون جائزاً من دون تخلف بشرط وان كان عند الرهن لازماً من قبل الراهن . ومن مجموع ذلك يظهر لنا السؤال التالى :

إن عدم التوكيل فى صورة ما لو خرجنا الشرط على نحو شرط السبب لا يفتح الباب للمرتهن ببيع ما تحت يده من الرهن .

إذاً فما يصنع والراهن متهرب من دفع المال أولا ومن توكيله على بيع العين المرهونة ثانياً ؟

ويرجعنا شيخنا - دام ظله - الى الحاكم الشرعى فى مثل هذه الأحوال كما هو الحال لو لم يكن فى البين إشتراط للوكالة أصلا فانه عند عدم الوفاء وحلول الأجل يكون الحاكم الشرعى هو المرجع فى مثل هذه القضايا .

ونقطة دقيقة تواجهنا ونحن فى صدد تصحيح هذا النوع من الشرط حيث يشترط المرتهن على الراهن ببيع العين المرهونة عند تخلف الأخير عن

دفع ما بذمته من المال وهى موقف الراهن من هذا الشرط بعد حصوله، فهل يجب الوفاء به أولا ؟ وأجاب شيخنا ـ دام ظله ـ بانه لا إشكال فى وجوب الوفاء لانهمقتضى الشرط ووجوب الوفاء به .مضافا الى الاجماعات المنقولة فى صحة هذا النوع من الشرط قال المحقق فى الشرائع (١) .

(فا اذا اشترط المرتهن الوكالة فى العقد لنفسه أو لغيره أو وضع الرهن فى يد عدل معين) .

وحيث يصل صاحب الجواهر (٢) ـ رحمه الله ـ الى هذه الفقرة يعلق عليها قائلا « بلا خلاف بل عن الغنية الاجماع عليه لعموم المؤمنون عند شروطهم وأوفوا بالعقود وخصوص ما دل على الرهن الشامل لهذا الفرد » وقال معلقاً على قوله « ولزم ولم يكن للراهن فسخ الوكالة » وفاقاً للمشهور بين الاصحاب نقلا وتحصيلا بل عن السرائر نسبة الخلاف فيه الى الخلاف مشعر بعدمه بيننا ولعله كذلك فانى لم أجده إلا من الشهيد فى اللمعة بناء منه على ما سمعته من مذهبه » وقال صاحب الرياض (٣) .

معلقاً على قول المصنف « ويجوز اشتراط الوكالة فى الرهن » عند حلول الدين له ولوارثه وغيره فى عقد الرهن وغيره من العقود اللازمة بلا خلاف يعرف بل عليه الاجماع فى الغنية وهو الحجة مضافاً الى الأصل وعمومات الأدلة بلزوم الوفاء بالعقود والشروط السائغة غير المخالفة للكتاب والسنة وما نحن فيه منها بالبديهة» .

واذا عرفنا صحة هذا النوع من الشروط وتمامية الوكالة من قبل الراهن

---

(١) كتاب الرهن الفصل الخامس .

(٢) جواهر الكلام كتاب الرهن الفصل الخامس فى البحث عن المرتهن .

(٣) الرياض جزء ١ (كتاب الرهن) الرابع في بيان المرتهن .

إما بنفس الشرط ليكون على نحو شرط النتيجة أو بالتوكيل بعد ذلك ليكون على نحو شرط السبب فهل بامكان الراهن الرجوع عن هذا الشرط وعزل المرتهن عن وكالته ببيع العين المرهونة عند التخلف عن أداء ما قبضه من المرتهن من المال كما هو الحال فى جميع الوكالات أو أن لهذا النوع من الوكالة خصوصية تمنع الموكل من العزل بعد صدور التوكيل منه .؟

أما صاحب الشرائع رحمه الله فقد تردد فى اعطاء هذه الصلاحية الى الراهن حيث قال « واذا إشترط المرتهن الوكالة فى العقد لنفسه أو لغيره أو وضع الرهن فى يد عدل معين ولم يكن للراهن فسخ الوكالة على تردد » (١) .

ولكن صاحب الجواهر - قده - أوضح انه لا مجال للتردد وقال فمن الغريب قول المصنف على تردد ثم أوضح ذلك بما لا مزيد عليه فراجع» (٢) وجرى على ذلك المرحوم الحاج اغا رضا الهمدانى كما سيأتى انشاء الله نقل عبارته والمرحوم السيد الطباطبائى اليزدى (٣) .

ويرى شيخنا الاستاذ - دام ظله - أن هذا النوع من التوكيل لا يقبل العزل ببيان أن طبع الوكالة وان كانت تنحل بالعزل إلا أن محصل هذا النوع من الشرط بين الطرفين حيث يوكل الراهن المرتهن على بيع العين المرهونة ينحل فى واقعه الى أمرين :

الأول التوكيل من الراهن للمرتهن .

الثانى - الابقاء على تلك الوكالة الى حين صدور الموكل فيه والذى هو

---

(١) كتاب الرهن . الفصل الخامس .

(٢) الجواهر . كتاب الرهن . الفصل الخامس في المرتهن ص ٣٢٦ .

(٣) المسألة ١٣ من كتاب الوكالة من ملحقات العروة .

بيع العين المرهونة وليس له عزله قبل ذلك بل يمكننا القول ببقاءا لوكالة حتى لو مات الراهن بل لو مات المرتهن لانتقال حق هذا الشرط الى ورثته .

وقد أشبع الموضوع بحثاً المرحوم صاحب الجواهر -قده- وأوضحه بما لا مزيد عليه المرحوم الحاج اغارضا الهمدانى - قده -حيث تعرض الى أن هذا النوع من الوكالة غيرقابل للعزل فقال « وكيف كان فلو شرط الوكالة سواء كان شرط العقد أو كونه وكيلا فالظاهر أنه لا ينعزل بالعزل إذ الظاهر من حال المتعاقدين أن ليس مقصودهم مجرد إيجاد وصف الوكالة فى الخارج حتى لا ينافيه عزله بعد الايجاد بل غرضهم تحقق الوصف فى الخارج مستمراً الى زمان البيع فالعزل ينافى المقصود والذى بنوا عليه الأمر» الى أن يقول:« فالمقصود من الشرط هو إيجاد وصف الوكالة للمرتهن دائما الى أن يتحقق البيع وهو أمر مقدور وسائغ فى ذاته فيجب بمقتضى الشرط الخ»(١).

وقد ذهب الى ذلك أيضا استاذ المحققين الشيخ النائينى قدس سره حيث قال « ولو شرط وكالة المرتهن أو غيره لم ينعزل» (٢) .

إذاً فلا يكون صدور العزل من جانب الراهن نافذاً لابطال وكالة المرتهن على بيع العين المرهونة عند التخلف من دفع ما بذمته .

هذا من الوجهة العلمية :

أما تطبيق ذلك على ما فى الخارج ، فان أغلب البنوك تصرح بهذا الشرط ، وهو أن يكون البنك وكيلا عن جانب الراهن فى بيعها واستيفاء ماله من المال منها ، وحتى لو لم يحصل التصريح بذلك الشرط فان تبانى المتعاملين الراهن ، والمرتهن فى البنوك على هذا الأساس . فان الراهن حيث يقدم

(١) كتاب الرهن ص ٢٢٣ .

(٢) الوسيلة ص ٢٣٦ مطبعة العرفان .

على وضع العين رهناً عند البنك وبانشاء تلك المعاملة يكون قد انشأ فى ضمنها هذا الشرط فيصح البيع حينئذ .

رابعاً ـ شراء العين المرهونة :

وبعد أن عرفت صحة بيع العين المرهونة من قبل المرتهن فلا مانع للاجنبي أن يشتريها منه ولا يتوقف ذلك على رضا الراهن وإمضائه .

الخلاصة ،

إن الأعمال الجارية فى البنوك والمصارف كثيرة ، وبالامكان أن تحصل معاملات جديدة فى المستقبل تبعاً لتطور أنظمة البنوك ، وهى لو كانت منزلة على القرض والاقراض وأخذ الفائدة ودفعها بأزاء تلك القروض فان ذلك من الربا المحرم ولا شبهة فى تحريمه .

نعم لو أمكن إجراء المعاملات القرضية على نحو البيع والتبايع ـ بالنحو الذى ذكرناه فى البحوث المتقدمة ـ لكان ذلك صحيحاً فراراً من الربا والربويات وعلى الاخص بعد أن تقدم فى البحث عن حقيقة الأوراق النقدية بيان جهة تغطية الدينار فى هذه الأيام وأنه لا يعبر عن الذهب والفضة ليحصل الربا من التبايع فيه بالأكثر .

ولا يعترض : بان النتيجة تكون واحدة حيث تبدل المعاملة القرضية بالمعاملة البيعية ، فيكون هذا من التحايل على الشرع ـ كما يسمى فى العرف الجارى بانه من ـ التحايل على القانون ـ فان الغرض فى المعاملتين واحد وهو إبتزاز الفائدة من الطرف الآخر بأى نحو كان .

لانا نقول : أن الشارع المقدس حيث حرم القرض والاستقراض

بالفائدة ، فتح لنا طرقاً كثيرة . أساسها أخذالفائدة والزيادة - ومنها - البيع فان المعاملة البيعية لا تخلو من أخذ الفائدة والفضل ولكنه بالطريق الذى رسمه لنا الشارع المقدس . وهكذا دفع الزيادة بنحو الهبة . وأمثال ذلك من الطرق المقررة للفرار من الربا فان الحكمة فى تحريم الربا وان كانت هى انسداد باب التجارة والمعاملات لاتكال المرابين على سلوك هذا الطريق المؤمن لهم من الخسارة إلا أن هذه الحكمة (١) وان كانت جارية فى هذه الطرق

(١) كثيراً ما يرد على السنة الفقهاء ان هذا التعليل من باب الحكمة وليس من العلة او العكس . وقد مثلوا لما كان التعليل في القضية من باب الحكمة بتعليل تشريع العدة بانها لدفع اختلاط المياه ، وبتعليل وجوب الصلاة بانها ناهية عن الفحشاء والمنكر . ومثلوا لما كان التعليل فيه من باب العلة بتعليل حرمة الخمر للاسكار ، فجعلوا اختلاط المياه من قبيل الحكمة التي دعت الشارع المقدس لان يشرع العدة فى الموارد المنصوصة . فان هذا النحو من التعليل لا يكون الحكم دائراً مداره وجوداً وعدماً ، بل يكفي فيه الغلبة . بخلاف الثاني ، فان الاسكار يكون علة للحرمة ويكون الحكم دائراً مداره وجوداً وعدماً .

وفي الحقيقة يكون الحكم وهو التحريم وارداً على عنوان المسكر ، وحيث كان الخمر من جملة المسكرات إنطبق عليه الحكم المذكور . والضابط في كون التعليل من باب العلة هو ما امكن ان يؤخذ منه كبرى كلية موجهة الى المكلف وان تعددت مصاديقها بخلاف الحكمة فانه لا يصح ان يؤخذ منه كبرى كلية موجهة الى المكلف إذ لا يصح ان يقول الشارع المقدس يجب على المرأة عدم اختلاط المياه او يجب على المكلف كلما هو ناه عن الفحشاء والمنكر . وتفصيل هذا المطلب موكول الى محله من مباحث الأصول .

المذكورة للتخلص من الربا ، لكنه قد تقرر فى محله أنها ليست من قبيل العلة التى يدور الحكم مدارها وجوداً وعدماً .

فنحن - إذاً - لابد لنا من اتباع النصوص الشرعية فيما أباحه الشارع وفيما حرمه وقد (أحل الله البيع وحرم الربا) من دون نظر فى هذه الآية الكريمة الى أن المعاملة يجب أن لا تكون مبتنية على الفرار من الربا . فكل معاملة يحصل فيها الانتفاع ولم تكن من أقسام الربا ، تكون مباحة شرعاً .



ما هي السرقفلية ، النوع الأول
اخذ المال بازاء السرقفلية ، موقف
المالك من السرقفلية ، النوع الثاني
المستأجر والسرقفلية .

ماهى السرقفلية ؟

ليست كلمة - السرقفلية - عربية بل هى كلمة - فارسية - ترمز الى ما تعارف فى أيامنا الأخيرة بان يتنازل المستأجر عما تحت تصرفه من إيجار المحل الذى يشغله الى الآخر ، ويتقاضى ازاء هذه العملية مقداراً من المال يتفق عليه الطرفان وربما سمى ذلك فى اللغة الدارجة - الخلو - وهو مأخوذ من تخلية ما تحت اليد الى الغير . وهى على أنواع :

النوع الأول من السرقفلية :

ما يكون الاتفاق فيه واقعاً بين المستأجر القديم والجديد فيتنازل الأول عما تحت تصرفه الى الثانى وفى قبال هذا التنازل يدفع المستأجر الجديد المبلغ المتفق عليه الى المستأجر القديم . وبهذا يكون المالك فى مجنب عن المعاملة والاستفادة منها .

ولا بد لنا - والحالة هذه - من معرفة الوجه الشرعى فى أخذ المال والتصرف به من قبل من كان المحل تحت تصرفه أولا ، وكيفية إعطاء المال من قبل المستأجر الجديد .

وأخيراً لا بد لنا من تحديد موقف المالك من هذا التنازل من شخص قد استأجر ما هو ملك له وقبول المستأجر الجديد وهل بامكانه الوقوف فى طريق هذه المعاملة أولا ؟

أخذ المال بازاء السرقفلية :

وفى صدد المحاولة لتصحيح مثل هذه المعاملة من الطرفين والمالك فى معزل يرى البعض بان هذا المقدار من التنازل من المستأجر القديم الى غيره حق من حقوقه لان تصرف المحل بيده طيلة مدة العقد . وهو فى الوقت نفسه الشروط الضمنية ولا مجال للمالك أن يمنعه من استعمال حقه وعدم الوفاء بذلك الشرط الضمنى .

ويمثلون للشروط الضمنية والتى لا يجوز التخلف فيها ـ مثلا ـ بما لو باع شخص كتابه لآخر بدينار فلا مجال للمشترى من أخذ الكتاب من البائع واحتساب المبلغ ديناً بذمته، ذلك لان نقدية الثمن بازاء المثمن شرط ضمنى لجريان العرف على التسليم ، ولان إطلاق العقد يقتضى ذلك على وجه يكون الانصراف اليه كقرينة نوعية على أخذه فى متن العقد ويكون ذلك التعارف مغنياً عن إدخاله فى صريح الانشاء العقدى ، فلا يجوز التأخر عن دفع الثمن الى البائع بل لابد من تسليمه نقداً ، وفيما نحن فيه كذلك فقد جرى العرف فى أيامنا هذه على أن من كان قد استأجر محلا من آخر لا يخرجه المالك إلا برضائه ولا يتخلف المالك عن عقد الايجار معه بعد انتهاء مدة الايجار مراعاة لأحقيته فى الايجار عرفاً ، وهذا المقدار من الحق العرفى يكون صالحاً للنقل الى الغير بصلح ونحوه ، بل يكون نفس هذا الحق مالا من الاموال يقبل المعاوضة عليه ويكون من آثاره تحقيق الاستطاعة والانتقال الى الورثة كبقية الأموال التى تورث .

ولكن هذا الرأى غير صحيح .

باعتبار أن هذا المقدار من الحق من حقوق المستأجر بدرجة أن

المالك يكون ملزماً باجابته على الاجارة لو أراد ذلك بعد انتهاء المدة - أمر يتوقف على الدليل ما دام لم يثبت عند العرف أن ذلك من قبيل الحقوق العائدة الى المستأجر ولابد للمالك عندها من الاجابة وعدم التخلف ، وأقصى مافى البين أنه قد جرت العادة العرفية على أن المالك لا يتصدى لاخراج مستأجره بل يدعه وطبعه مراعاة لاسبقيته طالما لم يخل بشروط العقد ولكن عدم تصديه لاخراجه لا يكون موجباً لان يكون عدم إخراجه من الشروط الضمنية التى يجب الوفاء بها من قبل المالك .

ومن البعيد جداً أن يكون المؤجر حين عقد الايجار يقصد انشاء هذا الحق للمستأجر.

وعلى فرض أن العرف يرى أن ذلك حقاً فانما هو من الحقوق والاحكام الثانوية التابعة لحصول الاجارة بحيث تتحقق بعد حصولها فى الخارج فتكون فى مرتبة متأخرة عن العقد وانشائه . وهذا لا يتم للنقض الذى يرد عليه فانا لو أردنا أن نأخذ مثل هذا التبانى العرفى بنظر الاعتبار كشرط من الشروط الضمنية كما هو الحال فى موضوع تسليم نقد البلد فى المعاملة الواقعة بين الطرفين ، أو التسليم والتسلم فلابد من أن نعتبر خدمة الزوجة فى بيت زوجها من جملة الشروط الضمنية للبناء العرفى على أن المرأة تخدم فى بيت زوجها كربة بيت فلا يجوز - حينئذ - التخلف عن ذلك ولا أخذ الأجرة عليه لو أرادت ذلك فى حين أن الزوجة حرة فى خدمة بيتها والشارع المقدس لم يوجب عليها ذلك إنما ذلك فضل منها فى ترتيب بيتها .

ولو فتحنا باب النقض لجأنا بكثير من الأمثلة اليه.

هذا لو خرجنا الشرط المذكور على نحو شرط النتيجة بحيث يكون للمستأجر البقاء فى المحل بالأجرة المقررة من دون أن يؤجره المالك من جديد. وهكذا الحال لو قلنا : بان المستفاد من هذا الشرط الضمنى هو أن المالك يؤجر المحل

على المستأجر لو أراد أن يستأجره منه ويخرج الشرط على نحو شرط السبب فهذا المقدار أيضا ليس بكاف لتصحيح المعاملة . لانا نقول :

إن هذا لو كان فانه لا يتعدى أن يكون شرطاً من الشروط وللمستأجر قابلية إسقاطه بان لايستأجر المحل منه في السنة الثانية ، أما نقله الى الغير كحق من الحقوق سواء كان مجاناً ، أو بعوض . من صلح ونحوه فهذا مما لا دليل عليه، ولو فرضنا ان المستأجر القديم اشترط بنحو الشرط الصريح على المالك بان له الحق في تجديد عقد الايجار معه عند حلول الموعد وانتهاء مدة الايجار فان هذا الشرط يلزم على المالك اجابته في هذه الجهة، أما ان المستأجر يتنازل عن المحل الى غيره بان يأخذ في قبال تنازله مبلغا من المال فهذا مما لم يكن مستفاداً من ذلك الشرط الصريح فكيف به لو كان ضمنيا وعلى فرض تسليمه.

إذاً فلا مجال لتصحيح أخذ المال وإعطائه إلا أن ينزل الأخذ المذكور على الهبة بنحو يشترط الواهب - والذي هو المستأجر الجديد - على المستأجر القديم أن لا يزاحمه في استيجار المحل في المستقبل وهذا أمر سائغ لا بأس فيه فان للانسان أن يهب لآخر مقداراً من المال ويشترط عليه أن لا يزاحمه في شراء الدار الفلانية ، أو الحاجة الفلانية وما شاكل . أو نجعل ذلك من قبيل الهبة المعوضة والعوض هو مجرد عدم المزاحمة والتخلي عن الاقدام على استيجار المحل .

وبهذا المضمون وردت الرواية عن الامام الصادق عليه السلام :

حيث دلت على صحة أخذ المال عوضا عن انتقال الشخص عن المنزل فيسأله الراوي عن الرجل يرشو الرشوة على أن يتحول عن منزله فيسكنه قال - عليه السلام - لا بأس به (١) .

---

(١) الوسائل جزء ١٢ من الطبعة الجديدة بطهران . ص ٢٠٧ حديث ٢ .

وربما نزلنا ذلك على الجعالة بان يدفع المستأجر الجديد مقداراً من المال كجعالة الى المستأجر القديم على أن لا يزاحمه فى هذا الاستيجار . ويكفى فى الجعالة أن لا يعمل شيئاً ولا يشترط أن يكون بازائها عمل من الأعمال بل نفس عدم الاقدام على الايجار هو أمر معتبر عندهم ويدفع بازائه الجعل .

وهناك طريق ثالث لتصحيح أخذ المال وهو تخريج هذه الاتفاقية بين المستأجرين الجديد والقديم على الصلح بان يتصالح الطرفان على أن يدفع المستأجر الجديد الى المستأجر القديم مبلغاً من المال بشرط عدم مزاحمة هذا الطرف للمستأجر الجديد فى استيجار المحل .

موقف المالك من السرقفلية :

هذا كله من ناحية المستأجرين الجديد والقديم ، وكيفية دفع الأول المال الى الثانى ، وصلاحية أخذ الثانى منه .

أما حال المالك فى وسط هذه المعاملة التى عقدت بغير إذنه فهل له المنع منها ، أو لابد من الرضوخ والقبول ؟

أما ما تقدم من الرواية الواردة : فيمن يرشو المال ليتحول عن المنزل والتى تصرح بنفى البأس ، فانها لا تدل إلا على نفى البأس باعطاء المال بازاء ان يتحول الآخر عن الدار ، وأما نفوذ ذلك الاتفاق على المالك فلا دلالة للاخبار عليه .

والخلاصة :

أن قبض المال على سبيل (السرقفلية) وان كان صحيحاً للمستأجر القديم

إلا أن هذه المعاملة لا تنفذ على المالك بل للمالك تمام الحق فى التصرف بأمواله إن شاء أجاز الاجارة الجديدة وان شاء منع، فان الناس مسلطون على أموالهم والمفروض عدم ما يحد من هذه السلطة .

أما الوجوه المذكورة فانما هى لتصحح لنا أخذ المال من المستأجر الجديد الى القديم وعدم المانع منه فقط ، أما المالك فهو حر .

النوع الثانى من السرقفلية :

ومن أقسام السرقفلية ما شاع أخيراً فى أيامنا الحاضرة من أن المالك هو الذى يستلم هذه السرقفلية من المستأجر بعد أن تنبه كثير من الملاك الى أن موضوع السرقفلية أمر عرفى شائع فى الأسواق ، فبدلا من أن يتمتع بهذا المال غيره فهو أحق به ـ فمثلا ـ يأخذ المالك مائتى دينار كسرقفلية ، وخمسين دينار كايجار سنوى ، والفرق بين هذا النوع والنوع الأول واضح . ذلك لان المالك فى النوع الأول بعيد عن المعاملة الجديدة بين المستأجر الجديد والقديم أما فى هذا النوع فهو قد قبض مبلغاً من المال حين ايجاره للمحل من أول الأمر .

فما هو الحكم فى هذا المبلغ المأخوذ من المستأجر الأول ؟

وهل للمالك المنع من ايجار المحل لمستأجر جديد من قبل المستأجر القديم الذى قبض منه السرقفلية أوليس له ذلك ؟

المستأجر والسرقفلية :

ويختلف حال المستأجر ـ فمرة ـ يؤجر المحل على غيره مع أخذ زيادة على ما دفعه الى المالك ـ وثانية ـ يأخذ نفس المبلغ المدفوع وهو فى مفروض المثال مائتا دينار .

أما لو أخذ زيادة على ما دفعه كأن يأخذ المستأجر القديم ثلاثمائة دينار من المستأجر الجديد فتجرى فى المائة دينار الاضافية جميع الوجوه المتقدمة فى القسم الأول من السرقفلية من الهبة، أو الجعالة ، أو الصلح. فراجع ص١٢٢.

وأما نفس المبلغ المدفوع لو أخذه من المستأجر الجديد فلا طريق لنا لتصحيح هذا الأخذ إلا على الحوالة ، لان للمستأجر القديم هذا المبلغ فى ذمة المالك وهو مائتا دينار وحيث يأخذ المستأجر القديم المبلغ من المستأجر الجديد فهو يحوله بالمبلغ على المالك ، وهكذا يفعل كل مستأجر سابق مع المستأجر اللاحق . وفى الحقيقة أن لكل مستأجر يشغل المحل مبلغاً قدره مائتا دينار بذمة المالك فهو حين خروجه من المحل مخير بين الرجوع فيه الى المالك ليتسلمه منه ، أو ليتسلمه من المستأجر الجديد ويحوله على المالك لأخذ ماله بذمته .

كل هذا وللمالك كامل الحرية فى ملكه لو شاء أجاز الاجارة وبقى المبلغ ذمته للمستأجر الجديد وإلا دفع المبلغ واخرج المستأجر الجديد لان الناس مسلطون على أموالهم .

وقد يقال : بان مالك المحل لا يمكنه من الوقوف فى طريق هذه المعاملة الجديدة بين المستأجرين الجديد والقديم وذلك لان أخذه للمال من المستأجر الأول هو فى الحقيقة تخويل له بالايجار لمن يريد عند تركه للمحل ويكون هذا شرطاً ضمنياً فى أثناء العقد ولا وجه لمنع المالك بتقريب : أن الناس مسلطون على أموالهم، لان السلطنة فى مفروض هذا العقد محدودة طبقاً للشرط الضمنى الذى قبل به وسجله على نفسه فى ضمن عقد الايجار .

والجواب عن هذا الاعتراض - بانا سبق وأن أغلقنا باب هذا النوع من الشروط الضمنية كما عرفت تفصيله فى بيان القسم الأول من السرقفلية

لان المالك قد أخذ المال من الستأجر قرضة بذمته وإزاء هذه القرضة منحه حق الاسبقية والجلوس فى المحل ، حيث يتنافس عليه المستأجرون ، وأما بعد ذلك فيكون للمستأجر الحق بايجار المحل لمن يشاء فهذا غير مستفاد من العقد بحيث يسجل المالك على نفسه أن لا يخرج من يؤجر عليه المحل بعد تركه للمحل .

نعم لو كان العرف فى بلدة يرون ذلك بحيث يكون قبض المالك للسرقفلية فى الحقيقة اذناً منه للمستأجر باعطائه الحرية فى الايجار لمن يريد كأن يكون هذا المعنى شرطاً ضمنياً فى نظرهم فان المؤمنين عند شروطهم ولابد من الامضاء .

وهناك طريقة تصحح هذا النوع من السرقفلية بحيث يكون المالك ملزماً بامضاء الاجارة الجديدة من المستأجر القديم لو أراد ترك المحل تلك الطريقة تنحصر فى الالتفات بابراز الشرط فى ضمن العقد كأن يصرح به وان كان التصريح به يكون على نحوين : فى احدهما يكون باطلا ، وفى الآخر يكون صحيحاً . أما صورة البطلان فهى :

فيما لو أخذ منحه هذا الحق من صلاحيات الايجار للغير شرطاً للقرض والذى هو شرط فى نفس العقد ، لان المالك حين ايجاره للمحل الى المستأجر الأول اشترط عليه باقراضه المبلغ المذكور وهو مائتا دينار ، وهنا لو التفت المستأجر وأخذ شرط منحه صلاحية الايجار لمن يريد فى ضمن عقد القرض كان هذا الشرط باطلا كأن يقول المالك للمستأجر : أجرتك المحل بخمسين ديناراً سنوياً واشترط عليك إقراضى مائتى دينار مادمت جالساً فى المحل - فيقبل المستأجر الاجارة المذكورة بقوله : قبلت . ووفاء بالشرط المذكور يقرضه المبلغ ويشترط عليه فى ضمن عقد القرض الجديد بان له كامل الحرية فى ايجار المحل لمن يشاء فلو قبل المالك هذا الشرط لكان باطلا

لانه شرط يجر نفعاً للمقرض وهو ملحق بالربا كما تقدم بيان بطلان مثل هذا

وأما صورة الصحة فهى كما لو أوقع المستأجرون الايجار على النحو التالى :

كأن يقول المالك للمستأجر - أجرتك المحل بخمسين دينار سنوياً وشرطت عليك أن تقرضنى مائتى دينار وفى الوقت نفسه فقد شرطت على نفسى بان لا أمنعك من ايجار المحل لمن تشاء عند انتهاء مدتك أو قبلها - فيكون هذا الشرط الذى يعود نفعه الى المستأجر شرطاً فى عقد الاجارة لا فى عقد القرض وإنما أخذ هذا الشرط ونفس القرض شرطاً فى عقد الاجارة فلا مانع منه من هذه الجهة .

ولكن هذا كما عرفت مخرج على التصريح بهذا الشرط ، أما لو لم يصرح به وبقى الموضوع موكولا الى كونه من شروط التبانى - كما لا يبعد كون السرقفلية فى هذه الأيام المخرجة على هذا القسم الثانى من هذا النوع من الشروط حيث لم يصرح بمنح صلاحية ايجار المحل للمستأجر بل يوكل الى التبانى - فقد تقدم الاشكال فيه ، وان المالك يبقى مسلطاً على ماله وله الحق فى فسخ الاجارة الجديدة ودفع ما بذمته الى من أخذت منه السرقفلية .

تصفية الوقف الذري

عرض وحديث ، التصفية والمذاهب الخمسة ، المدار في تصفية الوقف ، استملاك الدور والبساتين ، نهاية المطاف ٠

عرض وحديث :

من المؤسف له أن يكون الوقف مثار جدل و نقاش فى الآونة الأخيرة فيتصدى الكثير ممن لم يهمه أمر الدين الاسلامى الحنيف للمطالبة بالغائه وتحويل السلطة بتصفية ما هو موجود منه ، وقائم بين الناس ، متذرعين بحجج واهية لا أساس لها ولا اعتبار .

ومن ذلك مايصرحون به من أن الوقف أصبح منشأ لوجود الخصومات بين الأسر والجماعات . أو أنه إسقاط للعين الموقوفة عن معرض الازدهار والترقى إذ لا تكون قابلة للانتقال من ملك شخص لآخر ، ومن ثم اجراء ما يقتضيه هذا من ادخال التحسينات على العين الموقوفة . وما الى ذلك من الأعذار غافلين عن جهة دقيقة ، هى أن ما يدعونه يعود بالنتيجة الى سوء تصرف المتولين ، والاهمال منهم بشؤون الوقف ، وكان الأحرى بهؤلاء أن يطالبوا بتشديد العقوبات والضرب على أيدى العابثين بالوقف ليكون ذلك أجدر بهم كمسلمين ينظرون الى الشريعة المقدسة نظر اعتبار وتفهم ، فان ديننا الاسلامى الحنيف لم يكن وليد تفكير سطحى عادى بعث رسوله ﷺ الى جماعة من البشر يوم لم يكن للحضارة مالها اليوم من الترقى والازدهار بل إنها رسالة السماء الى الأرض بعدما شاءت الحكمة الالهية أن تكون هذه الرسالة خاتمة الرسالات الالهية وآخر قانون يبقى ليتحدى الزمن فينشر لهم كل يوم من الأسرار ما عجزت عن فهمه القرون السالفة فلا غرو إن كانت

الرسالة الاسلامية المحمدية تكفل للبشر حياة هانئة وسعادة أفضل الى اليوم الذى يختار الله عز وجل للبشرية النهاية المحتومة .

وما ساقنا لهذا الكلام الا أن نبين لهؤلاء الذين طالبوا بالغاء الوقف الذرى بان سوء التصرف الذى يصدر من القائمين بشؤون الوقف لا يكون منشأ لتصفية الوقف وتشويه حقيقته ولا إخفاء ما قصده المشرع الأعظم من وراء تشريعه من المنافع التى تعود الى الصنف البشرى .

لحلال محمد (ص) حلال الى يوم القيامة ، كما وأن حرام محمد (ص) حرام الى يوم القيامة .

أما الآن وقد انصاعت بعض الحكومات الاسلامية الى سن القوانين الخاصة ، التى تخول بتصفية الأوقاف الذرية ، فقد تفضل شيخنا الاستاذ ـ دام ظله ـ برأيه فى هذه التصفية ، وكيفية ملاءمتها مع المذاهب الاسلامية الخمسة ، ومايتعلق بذلك من المباحث التى لها تمام الصلة بالموضوع .

ولسنا ـ ونحن فى هذه العجالة ـ فى صدد بيان تعريف الوقف وذكر مايتعلق به من الأحكام ـ خشية أن يجرنا الكلام الى التطويل .

إنما نحن فى صدد بيان لمحة عن تصفية الأوقاف الذرية ، ومحاولة تلمس وجه شرعى يصحح لنا هذه التصفية ـ لو كان لنا من الأدلة ما يساعد على ذلك ـ ولهذا يقع البحث فى جهتين :

الأولى ـ فى أن هذه التصفية المذكورة هل تلتئم مع المذاهب الاسلامية الخمسة أو لا ؟

الثانية ـ فى أن المدار فى الجواز على مذهب الوارث أو الواقف .

التصفية والمذاهب الخمسة :

ولابد لنا من ملاحظة جهة لزوم الوقف عند المذاهب الاسلامية ، ومتى يكون لازماً بحيث لا يتمكن الواقف أو الوارث الرجوع فيه .

أما الجعفرية - فقد ذهبوا الى أن لزوم الوقف يتوقف على حصول الاقباض فلو لم يحصل ذلك الاقباض جاز للواقف أو الوارث الرجوع فيه ، ولا يكفى فيه مجرد صدور اللفظ من الواقف ما لم يتحقق القبض .

وأما بقية المذاهب من :

الحنفية والشافعية والحنابلة والمالكية .

فمصادرهم الفقهية تحدثنا بان :

« الوقف قربة جائزة بالاتفاق، وهل يلزم أم لا ؟ قال : مالك والشافعي وأحمد يلزم باللفظ ، وإن لم يحكم به حاكم وإن لم يخرجه مخرج الوصية بعد موته وهو قول أبي يوسف فيصح عنده ويزول ملك الواقف عنه وإن لم يخرجه الواقف عن يده . وقال محمد يصح إذا أخرجه عن يده بان يجعل للوقف ولياً ويسلمه اليه ، وهى رواية عن مالك . وقال أبو حنيفة الوقف عطية صحيحة ولكنه غير لازم ولا يزول ملك الواقف عن الوقف حتى يحكم به حاكم أو يعلقه بموته فيقول : إذا مت فقد وقفت دارى على كذا » (١) .

إذاً فلزوم الوقف على رأى كل من الشافعي والمالكى والحنبلى يكون بصدور اللفظ . أما أبو حنيفة فالعبارة المذكورة لا تعطينا رأيه واضحاً فى بادىء الأمر فمن قوله (وقال أبو حنيفة الوقف عطية صحيحة ولكنه غير لازم » فهمنا أنه - كهبة غير الرحم - يجوز له الرجوع فيها مع بقائها فيكون

(١) رحمة الأمة في اختلاف الأئمة: ص ١٨٥ والميزان للشعراني : ج٢ص١٠٦

لزومه متوقفاً على حكم الحاكم أو حصول ما علق عليه من الموت مثلا .

ومن قوله (ولا يزول ملك الواقف عن الوقف حتى يحكم به حاكم) نفهم أن الوقف - كالصرف - حيث يتوقف أصل التمليك فيه على حصول القبض والذى يفهم من رأى أبى حنيفة أنه إما أن يقول ببطلان الوقف ما لم يحكم به الحاكم أو بصحته وعدم لزومه ما لم يحكم به الحاكم (١) .

وعلى أى حال فلزوم الوقف عند ابى حنيفة يتوقف على حكم الحاكم . وقد نقل ذلك عن أبى حنيفة كل من الشيخ الطوسى والعلامة الحلى رحمهما الله قال الشيخ فى الخلاف : « وقال أبو حنيفة إن حكم الحاكم بالوقف لزم وان لم يحكم لم يلزم وكان الواقف بالخيار إن شاء باعه وإن شاء وهبه » (٢) .

وقال العلامة فى التذكرة : « وقال أبو حنيفة الوقف لا يلزم بمجرده وللواقف الرجوع فيه وإذا مات رجع فيه ورثته إلا أن يرضوا به بعدموته فيلزم أو يحكم بلزومه حاكم » (٣) .

وإذا اتضح رأى المذاهب الاسلامية فى لزوم الوقف فنقول :

إذا كملت عملية الوقف من حصول الصيغة والقبض وحكم الحاكم بذلك فى هذا الحال لا يجوز تصفية ذلك الوقف طبقاً لجميع المذاهب الاسلامية ولاوجه - بعد هذا - للتصفية المذكورة بمجرد طلب بعض الموقوف عليهم لها .

وأما لو لم تكمل عملية الوقف كما لو وقف شخص داراً أو بستاناً وحصل القبض ولكن لم يحكم به حاكم فهنا نرى الآراء مختلفة ، فلا تجوز التصفية على مذهب الجعفرية والشافعية والمالكية والحنابلة : لعدم توقف اللزوم عند

(١) راجع كتاب : شرح احكام تصفية الأحباس : ٢٣ - ٢٤ فقد ذكر هذين الوجهين
(٢) الخلاف ج ٢ ط ايران مبحث الوقف .
(٣) التذكرة . كتاب الوقف . المسألة الأولى من المقدمة .

هؤلاء على حكم الحاكم . أما الحنفية فحيث اشترطوا فى لزومه أن يحكم الحاكم بذلك والمفروض عدم حصوله فتجوز والحالة هذه تصفية الوقف على مذهبهم من غير فرق على الظاهر بين الوقفين الذرى والخيرى .

ومن هذا يظهر لنا ، أن فكرة تصفية الوقف إعتمدت على المذهب الحنفى فقط بشرط أن لم يكن الوقف قد حكم به الحاكم أو لم يكن بطريق الوصية.

أما الأباضية فقد توقفوا فادعوا أن الوقف منسوخ بما روى عن النبى - صلى الله عليه وآله - بعد نزول آيات المواريث فى سورة النساء حيث قال: (لا حبس عن فرائض الله) أى لا منع عن المواريث التى فرضها الله تعالى (١) والجواب عن هذه الدعوى من وجوه :

الأول - أنه لو صح هذا الحديث ، فهو إنما يدل على نفى حبس حرمان بعض ذوى الفرض كالبنات ، وحينئذ فيكون اللازم حمله على الكراهة .

والأولى : هو الأخذ بظاهره من الحبس . ومن الواضح أن الحبس لا يتضمن الخروج عن الملك ليكون من قبيل الوقف ، بل للحبس أحكامه الخاصة . ومن تلك الاحكام أنه لو كان مطلقاً يبطل بموت الحابس ويعود ميراثاً عيناً ومنفعة قال المحقق الحلى (أما لو حبس شيئاً على رجل معين ولم يعين وقتاً ثم مات الحابس كان ميراثاً وكذا لو عين مدة وانقضت كان ميراثاً لورثة الحابس) (١) ولا مجال لنا فى هذه اللمحة العابرة من بيان أحكام الحبس تفصيلا .

الجواب الثانى :

أنه لا عبرة بقول الاباضية فى قبال بقية المسلمين. مضافاً الى أن المؤلف

---

(١) شرح احكام تصفية الأحباس ص ٢٣ .

(٢) الشرائع آخر كتاب السكن .

المذكور نقل أوقافا وقعت من الصحابة فى عهد النبي الاكرم ﷺ (١).

والظاهر أنها وقعت بعد نزول آيات المواريث ، على أن من يراجع الكتب التأريخية والفقهية يجدها مشحونة بذكر صور الاوقاف الصادرة من الصحابة لا فى عهد النبي ﷺ فحسب بل وحتى بعد وفاته (ص).

نقل صاحب كتاب التاج مايلي(٢)وقال: كتب معيقيب وشهد عبدالله ابن الأرقم.

بسم الله الرحمن الرحيم

هذا ما أوصى به عبدالله عمر أمير المؤمنين إن حدث به حدث أن ثمغا(٣) وصرمة بن الاكوع والعبد الذى فيه والمائة سهم التى بخيبر ورقيقه الذى فيه والمائة التى أطعمه محمد ﷺ بالوادى تليه حفصة ما عاشت ثم يليه ذو الرأى من أهلها ألا يباع ولا يشترى ينفقه حيث رأى من السائل والمحروم وذى القربى ولا حرج على من وليه إن اكل أو واكل أو اشترى رقيقا منه رواه أبو داود ، الى أن يقول فى الهامش: وفضلا عما هنا من وقف عثمان وابى طلحة وسعد أمام النبي (ص) وإرشاده لهم فيما سلكوا قد ثبت الوقف عن ابى بكر وعلى والزبير وسعيد وأنس وحكيم بن حزام وعمرو بن العاص وزيد ابن ثابت (رض) كما رواه البيهقى عنهم والله أعلم) .

وقد أورد المؤلف فى ص ١٣ من كتابه المذكور عن ابن عباس سمعت رسول الله (ص) بعد ما نزلت سورة النساء فى المواريث نهى عن الحبس .

---

(١) شرح احكام تصفية الأحباس ٧-١٣ .

(٢) التاج الجامع للاصول فى احاديث الرسول للشيخ منصور علي ناصف ج٢ ص٢٢٣

(٣) ثمغ كفلس وصرمه كنعمة ضيعتان كانتا لعمر فى خلافته ، او المراد بالصرمة هنا القطعة الخفيفة من النخل والابل

والجواب عنه :

أن هذا المقدار من النهى لا يضر بما نحن فيه من الوقف لما بيناه من أن الحبس شيء والوقف شيء آخر ولكل أحكامه الخاصة ولم يعلم ارادة الوقف من نهى رسول الله (ص) بمجرد نهيه عن الحبس .

وأما ما جاء فى نفس الكتاب المذكور (١) عن شريح القاضى من إبطال الوقف - فيقول شيخنا دام ظله فى رده - أنه لا عبرة بشريح ولا بفتواه فى قبال المذاهب الخمسة وبقية فقهاء الأمة الاسلامية .

وقد تعرض المؤلف أيضاً تأييداً لما يبتغيه من سد باب الوقف الى الفتوى الصادرة من مفتى الاسكندرية الشيخ محمد بن محمود الجزائرى المصدرة الى محمد على باشا وقد قال فى آخرها (٢) .

«وقد ذكر جمع من أرباب المعتبرات ومنهم صاحب الدر المختار أن أمر الأمير متى صادف فعلا مجتهداً فيه نفذ أمره أى وجب امتثاله والامتناع عن مخالفته واذا عرف، هذا فاذا ورد أمر من الأمير بمنع العامة من ايقاف أملاكهم أو تحبيسها فيما يستقبلها من الزمان سداً لذريعة أغراضهم الفاسدة جاز ذلك لانه مما تقتضيه السياسة الشرعية» ويجاب عن هذه الفتوى .

بان نفوذ أمر الأمير اذا طابق فتوى بعض المجتهدين - لو سلم أنه من باب اطاعة أولى الأمر - فانما هو لو كان ذلك المجتهد جائز التقليد دون من لم يكن له هذه الأهلية ، على أن نقل الفتوى المذكورة لا علاقة لها بما نحن فيه فنحن بصدد البحث عن جواز تصفية ماصار وقفاً وابطال ما لزم منه أو عدم جواز ذلك والفتوى المذكورة إنما تمنع الوقف والحبس مجدداً ، ولهذا بحثه الخاص به ولا علاقة لذلك بما نحن فيه .

---

(١) راجع كتاب شرح احكام تصفية الاحباس ص ١٥-٢٣ .

(٢) لاحظ ص ٢٣ - ٢٤ من المصدر نفسه .

والخلاصة :

هى أن الاقدام على التصفية متوقف على متابعة المذهب الحنفى فيما لم يحكم الحاكم بذلك الوقف وما لم يكن بطريق الوصية، وفى الحقيقة أن الوقف الذى لم يحكم به الحاكم إنما ساغت تصفيته على رأى أبى حنيفة لانه لم يستجمع شرائط لزومه ومنها الحكم وإلا فلو حكم الحاكم به كان لازماً ولا تجوز تصفيته على جميع المذاهب .

المدار في جواز تصفية الوقف

وهل أنه على مذهب الواقف أو الوارث أو المشترى ؟

الظاهر أن المدار فى الجواز على مذهب الوارث والمشترى لا الواقف . فلو كان الواقف غير حنفى لكن الوارث كان حنفياً جاز للوارث طلب تصفية الوقف مع عدم حكم الحاكم بالوقف .

بل يمكن أن يقال أن الوارث لو كان غير حنفى فانه يجوز له أن يطلب تصفية الوقف لو كان مقلداً لأحد المذاهب الثلاثة الشافعى أو المالكى أو الحنبلى بان يقلد أبا حنيفة فى خصوص هذه المسألة كما نصوا على ذلك لان الظاهر منهم انهم لا يعتبرون الأعلمية فى التقليد أو أن المذاهب الاربعة عندهم سواء فى الفضيلة (١) وحينئذ فلو كان غير حنفى وقلد أحد المذاهب الثلاثة جاز له

(١) راجع في خصوص هذا البحث كتاب (دليل القضاء الشرعي لمؤلفه العلامة الجليل السيد محمد صادق بحر العلوم : جزء ٢ ص ٦٥٢-٦٩٠ فقد نقل ، راي المذاهب فى هذه المسألة بما يغنى المتتبع عن الالتجاء الى بقية الكتب .

طلب التصفية تقليداً لابى حنيفة فى خصوص هذه المسألة - كما تقدم - .

وهكذا الحال فى المشترى فانه وان لم يكن حنفياً بل كان من أحد المذاهب الثلاثة فانه يجوز له الاقدام على الشراء مقلداً أبا حنيفة فى خصوص هـذه المسألة كما ذهبوا اليه - كل ذلك فيما لو كان الوارث أو المشترى غير جعفرى بل من أحد المذاهب الثلاثة لانهم أجازوا تقليد الحنفى فى خصوص هذه المسألة أما لو كان جعفرياً فلا يسوغ له ذلك ولا مورد لقاعدة الالزام بان يقوم الجعفرى على أخذ ما ورثه أو شراء ذلك الوقف إعتماداً منه على (قاعـدة الزامهم بما ألزموا به أنفسهم) كما هو الحال فى نكاح المطلقة على مذهبهم فان ذلك ليس إلا للأدلة الخاصة على نفوذ طلاقهم الموافق لمذهبهم لقوله (ع) (لزمته إذا كان معتقداً للثلاث) .

وتوضيح عدم كون ذلك من باب قاعدة الالزام هو أن المستفاد من قاعدة الالزام أنه لو كان مذهب العامى يقتضى ثبوت حق عليه للجعفرى ومذهب الجعفرى لا يقتضى ثبوت ذلك الحق ، فقاعدة الالزام تقول إن للجعفرى الزامه بما لزم به نفسه وأخذ منه الحق الذى يعتقده هو وان كان الجعفرى لا يعتقد به كما فى مسألة العصبة بالنسبة الى العم وبنت أخيه لو كان العم جعفرياً وبنت أخيه من العامة فان العامة يرون أن للعم حق ارث العصبة والعم وان كان لا يعتقد ذلك إلا أنه طبقاً لقاعدة الالزام يجوز له أخذ الحق منها وأما إذا كان العامى معتقداً لجواز البيع للعين الموقوفة مثلا فلا يجوز للجعفرى الاقدام عليه من ناحية الشراء تمسكا منه بهذه القاعـدة إذ لا معنى للالزام فى هذه الموارد .

ولذلك لا يجوز لنا أن نشترى النبيذ من الحنفى ولا الحيوان المذبوح الذى لم يذكر اسم الله عليه من الشافعى .

نعم لو أقدم الجعفرى واشترى ولم يكن عالماً بالوقفية ثم بعد ذلك إدعاها البائع لم تسمع دعواه .

ولو ثبتت بالقطع أو بالطرق الشرعية أشكل الأمر على المشترى وان لم يكن للبائع حق الدعوى لانها منافية لمذهبه فلا يلتفت اليها ولكن يبقى الاشكال على المشترى وكيف يصح له تملك الوقف إذا كان من الاوقاف العامة وكذا إذا كان من الاوقاف الخاصة على الذرية لما عرفت من أن حلية البيع عند البائع العامى لا توجب حلية الشراء للجعفرى، ولا مورد فيه لقاعدة الالزام - كما عرفت - لان مفادها كما بيناه أخذ الحق منه على مذهبه لا جواز الشراء على مذهبه .

إستملاك الدور والبساتين :

وربما تخيل البعض أن استملاك الحكومة للدور والبساتين الموقوفه بالوقف العام أو الخاص وتوزيعها عرصات على الاهلين بعد دفع شيء من المال الى اصحابها من هذا القبيل إذ أن هذا الأخذ من قبل الدولة للأعيان الموقوفة خاصة كانت أو عامه يكون حاله كحال الاراضى التى تكون مملوكة لاهلها بالملك الصرف وتأخذها الحكومة لتفتح منها الشوارع وما شاكل ذلك(١) وهو إشكال آخر غير إشكال تصفية الوقف إذ لو صحت التصفية المذكورة بوجه من الوجوه لم يصح شراء أمثال هذه الدور والبساتين إلا بارضاء أصحاب تلك الاراضى أو الموقوف عليهم واشكل من الجميع ما لو كان المستملك من الاراضى الموقوفة على الجهات أو كانت وقفاً عاماً .

---

(١) تعرض شيخنا الاستاذ دام ظله الى موضوع الشوارع المفتوحة من قبل الدولة في بحث موجود في ضمن هذه البحوث

نهاية المطاف :

إن الطريق المصحح لتصفيه الوقف عند غير الامامية بطبيعة الحال ليس إلا فتوى (أبى حنيفة) فى خصوص ما لم يصدر به حكم الحاكم وفى غير الوصية بالوقف ، أما لو كان قد صدر به حكم الحاكم وقد تصرف به الورثة بوجه يصدق عليه القبض والاقباض فلا يجوز تصفية ذلك الوقف على جميع المذاهب الاسلامية الخمسة وأنه بدعة ممنوعة عندنا بل عند جميع المذاهب - كما عرفت - وما جوزوه من موارد بيع الوقف لا دخل له بتشريع القانون المخول لتصفية الوقف وحله فانه تشريع صرف ولم يقل به أحد حتى القائلين بالقياس والاستحسان . فان فتح باب القياس والاستحسان إنما يقول به صاحبه فيما لم يكن حكمه الشرعى معلوماً من الشارع المقدس لا ما كان حكمه معلوماً وثابتاً عند الجميع .

البيع القهري أو ازالة الشيوع

موضوع البحث ، كلمات الأعلام ،
موارد البيع الاجباري ، الاستدلال بقاعدة
نفي الضرر والضرار .

موضوع البحث

والغرض من بحثنا هذا هو ملاحظة الأدلة لفتح باب البيع القهرى فى كثير من الموارد ومنها (موضوع البحث) فيما لو وقع النزاع والتخاصم بين الشركاء فى شىء تمتنع قسمته (كجوهرة) مثلا وقد خلفها مالكها لجماعة يكثر عددهم فتخاصموا الى الحاكم الشرعى وكل يريد حقه ، أو دار ورثها جماعة من مورثهم ولا يمكن قسمتها بينهم والاستفادة بكل حصة منها ، فهل نتمكن والحالة هذه من فتح باب البيع القهرى وجعل هذه السلطة بيد الحاكم الشرعى فيتصدى لبيع ما وقع النزاع فيه وتقسيم ثمنه عليهم إن لم يكن هناك طريق أخر يستفيدون بواسطته ، وهذا هو المسمى فى يومنا هذا (بازالة الشيوع) وقد افاد شيخنا الأستاذ ـ دام ظله ـ فى ذلك :

بان فتح باب الأجبار على البيع للحاكم الشرعى أو تولية الحاكم لذلك عند عدم التمكن من الاجبار ليس فيه دليل بالخصوص يصرح بذلك بل لابد من التماس هذا المعنى من الموارد الخاصة ، والروايات الواردة فى تلك الموارد حيث نستفيد منها كون الامام عليه السلام فى صدد بيان كبرى كلية لمثل هذه الموارد ، ولو بتطبيق حديث ـ نفى الضرر والضرار ـ على الموارد الذى يريد أحد الأطراف إيصال الضرر الى غيره من غير وجه معتبر ، وان كان ذلك الغير شريكه .

كلمات الاعلام

ومن تلك الموارد ما صرح به الشيخ صاحب الجواهر ـ قدس سره ـ حيث قال : « لكن قد يقال فيما اذا كانت قسمته ممتنعة انه ينتزعه الحاكم منهما مع التعاسر ويؤجره عليهما إن كانت له أجرة جمعاً بين الحقين وصوناً للمال عن التلف وجبراً للضرر ، كما صرح به فى الدروس ، ولعل ذلك من السياسات بناءاً على أن للحاكم ذلك ونحوه وحينئذ لا ينحصر الأمر فى ذلك فله حينئذ أن يبيعه عليهم مع كونه مقتضاها كما عن بعض العامة (١) من كون ذلك وجهاً أمامع قطع النظر عنها فالمتجه ما صرح به بعضهم من عدم وجوب بيع المشترك مع التنازع وعدم امكان القسمة وانتفاء المهاياة لاصالة عدم الوجوب وعدم

---

(١) قال ابن رشد فى الشركة فى الحيوان والعروض ما يلي :

« واختلفوا إذا تشاح الشريكان في العين الواحدة منها ولم يتراضيا بالانتفاع بها على الشاع واراد احدهما ان يبيع صاحبه معه ، فقال مالك واصحابه يجبر على ذلك فان اراد احدهما ان يأخذه بالقيمة التي اعطي فيها اخذه ، وقال اهل الظاهر لا يجبر لان الأصول تقتضي ان لا يخرج ملك احد من يده إلا بدليل من كتاب اوسنة او اجماع ، وحجة مالك ان في ترك الاجبار ضرراً وهذا من باب القياس المرسل وقد قلنا فى غير موضع انه ليس يقول به احد من فقهاء الأمصار الا مالك ولكنه كالضروري في بعض الأشياء » بداية المجتهد ـ جزء ٢ ص ٣٦٤

صحة البيع عليهم ، (١) أما ما ذكره فى الدروس - حيث أشار اليه صاحب الجواهر - فى كلامه الآنف الذكر فقد قال الشهيد - رحمه الله عند تعرضه لقسمة المهاياة ما يلى :

« والمهاياة بالزمان والمكان كسكنى أحدهما بيتاً والآخر آخر جائزة وليست لازمة وإن استوفى أحدهما فيغرم الأجرة ولا يجبر الممتنع عليها وان كانت القسمة ممتنعة نعم ينتزعه الحاكم ويؤجره إن كان له أجرة » (٢)

ولم يتعرض - رحمه الله - لحكم ما لم تكن له أجرة كما فى مثال الجوهرة التى لا يمكن تقسيمها .

وأما اشارة صاحب الجواهر الى البعض فى قوله المتقدم « فالمتجه ما صرح به بعضهم من عدم وجوب بيع المشترك مع التنازع » فهذا البعض صاحب كتاب كشف اللثام فانه شرح العبارة الآتية للعلامة فى القواعد « والقناة والحمام مما لا يقبل القسمة يجرى فيها المهايات » بقوله : « ولا يجب أن يباع المشترك مع التنازع وعدم إمكان القسمة وانتفاء المهاياة بل يترك حتى يصطلح الشركاء لأصلى عدم الوجوب وعدم صحة البيع عليهم وللعامة وجه بالبيع عليهم وآخر بالاجارة وتوزيع الأجرة عليهم » (٣)

ومن عبارة الدروس السابقة نعرف أن القول بالاجارة لم يكن

---

(١) الجواهر - كتاب الشركة ص ٤٥٣

(٢) الدروس في اواخر القسمة من كتاب القضاء .

(٣) كشف اللثام كتاب القسمة من توابع القضاء .

مختصاً بالعامة بل الشهيد - عليه الرحمة - يقول به .

مضافاً الى أن القائل بالبيع أيضاً منا وهو القاضى ابن البراج ، وسيأتى نقل كلامه .

ولكننا مع كاشف اللثام فى رأيه حيث ناقشه شيخنا دام ظله ، فما معنى الترك حتى يصطلح الشركاء ؟ وهل يصح للحاكم الذى ترافعوا اليه أن يتركهم وشأنهم الى أن يأتى الفرج فيصطلحوا ؟ وكيف يقع الصلح بينهم ؟ ولو فرض تصالحهم مما هو معنى مراجعتهم للحاكم الشرعى حينئذ كلها أسئلة واستفهامات دون جواب . أما العلامة الحلى - رحمه الله - فقد قال (ولو تضمنت القسمة إتلاف العين واتفقا عليها منعهما الحاكم لما فيه من اضاعة المال) (١)

وقال قبيل العبارة السابقة فى مورد آخر ما يلى (وإن اشتملت القسمة على ضرر كالجواهر والعضايد الضيقة والسيف والسكين وشبهه لم تجز قسمته ولو اتفق الشركاء عليها) (٢) والذى يظهر من قوله فى التحرير (منعهما الحاكم) أن المنع المذكور إنما هو من باب الحكومة ورفع الخصومة وهو ما يبتغيه فى هذا البحث لا من باب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر وإلا فلم يكن له اختصاص بالحاكم لو كان من باب الأمر بالمعروف لو سلمنا كون إقدام الشخص على إتلاف ماله منكراً وإذاً فلو كانت للحاكم الشرعى صلاحية منع الشركاء من القسمة كان بيعه عليهم عند التخاصم كذلك من صلاحيته الممنوحة له بل لعله أولى

(١) التحرير : فصل القسمة من القضاء ص ٢٠٢

(٢) القواعد : البحث عن القسمة من كتاب القضاء

لامكان كونه - كما هو غير بعيد - داخلا فى موارد القضاء أو فى موارد الصلح القهرى .

قال الفاضل المقداد - رحمه الله - فى التنقيح « ز - هل تدخل القسمة فى كل شىء مما لاضرر فيه قال الشيخ فى المبسوط الزرع إن كان قصيلا تصح قسمته أما قبل أن يصير قصيلا أو بعد أن يشتد فلا يصلح ولم يفرق العلامة فى الجواز بين الأحوال الثلاثة ، وقال القاضى ابن البراج : لا تصح قسمة البقل بل يباع ويقسم ثمنه أو يقسم مجزوزاً إما بالوزن أو غيره ، وهذا احسن لانه ابعد من الغبن » .

قال شيخنا دام ظله ولعل المراد من قوله (وهذا أحسن) هو أن يجز ويقسم ويبقى الاشكال فى الزامهم بجزه ولعله مثل الزامهم ببيعه .

وفى مختلف العلامة الحلى - بعد نقل كلام الشيخ - قال « والوجه عندى الجواز فى الجميع وتعديل الزرع ممكن بالتقويم وكذا إذا اشتدحبه » ثم نقل قول ابن البراج ثم قال (وهو جيد) وفى كتاب الجواهر عند شرحه لقول صاحب الشرائع (نعم لو طلب قسمة الزرع خاصة) أنه قال (قال الشيخ لم يجبر الاخر لان تعديل ذلك بالسهام غير ممكن) وقد تعرض الى ما ذكر عن ابن البراج فقال :

إذا كان القصيل بين قوم وأرادوا قسمته لم يصح ذلك الا ببيعه وقسمة ثمنه فيما بينهم ، أو بان يقطع من الأرض ويقسمونه كما يقسمون الغله مثله ، أو يكون مما يمكن قسمته مع بقائه زرعا لصعوبة تعديله حينئذ لعدم معرفة قوة استعداده ، وبالجملة يكون نزاعا فى موضوع (الى أخر ما ذكره هنا) أما المرحوم الحاج على كنى فقد قال :

« وفى المفتاح ربما قيل كما فى الدروس وغيرها بان الحاكم ينتزعه ويؤجره لهما إن كان له أجرة وحيث جاء الجبر جاء الوجوب لما علم سابقاً من أنه من باب جبر الممتنع عما وجب عليه وأن ولايته للحاكم وبعده للعدول ، وبالجملة الوجوب لعروض خارجية من توقف واجب أو الخلوص من محرم عليهما لا يمكن إنكاره فيجيء الاجبار مع الامتناع ومن الأخير مهاياة البعض - الى أن قال - :

« وقد علم مما فصل أن الحكم بان المهاياة لا تلزم فلا تجب فلا يجبر عليهما ولا على الاجارة إنما هو مع قطع النظر عن عروض العوارض الخارجية وإلا فيجبر عليها لو وقع النزاع فى بعض الصور ولتوقف واجب عليها فى أخر - الى أخر ما بينه (١) ومن هذا العرض لكلمات الأعلام - رحمهم الله - تبين لنا أنهم لم يدعوا الحاكم الشرعى فى مجنب عن قضايا الناس ومشاكلهم وحل خصوماتهم ، فصاحب الجواهر - كما تبين لنا من كلماته السابقة - أنه يسوغ تدخل الحاكم الشرعى ويرى أنه من السياسات لحفظ ربط المجتمع وعدم اختلال الوحدة الاجتماعية ، ويؤيد ما ذهب اليه من تدخل الحاكم الشرعى لا يجار ما كانت قسمته ممتنعه ما ورد عن الشهيد فى الدروس وقد عرفته ، أما القاضى ابن البراج فقد صرح بان للحاكم الشرعى بيع ذلك المتنازع عليه ، أما العلامة الحلى فقد مر عليك انه يخول الحاكم الشرعى هذه السلطة فيما لو اتفق الطرفان على اتلاف المال وحيث كانت للحاكم الشرعى سلطة حل الخصومات والايجار والمنع من التلف وغير ذلك (فلا بد والحالة هذه) من توسعة سلطاته الى

(١) كتاب القضاء ص ٤٠٣

البيع القهرى فى الاشياء التى لا يمكن قسمتها ، إذ لو لم نفسح للحاكم الشرعى هذا المجال للزم الهرج والمرج من جانب الشركاء المرغوب عنه من جانب الشارع المقدس ولا أقل من أن يكون تدخل الحاكم الشرعى وفرض سيطرته عليهم من باب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر حال فى هذه الجهة كبقية الناس الذين يأمنون الضرر فى تدخلهم .

وفى الوقت نفسه يمكن تخريج هذه المسألة على اعتبار تدخل الحاكم الشرعى فيما بين الشركاء من صغريات شؤون القضاء وتوابعه ولوازمه فتكون له السلطة على بيع ما تنازعوا عليه لا من باب الولاية العامة للفقيه ويكون البيع المذكور من لوازم السلطة التى تمنح للقاضى التصدى لأمور المسلمين وشؤونهم ويكون دخول الحاكم الشرعى فيما بين الشركاء وأمره بالتبايع عند امتناع بعضهم من البيع وفرض حصول المحذور الاجتماعى من باب أنه ولى الممتنع ، ولا يفرق الحال بين أن يكون الحاكم الشرعى هو المباشر أو وكيله ، أو أنه يأذن لطالب البيع بان يتوصل الى ذلك بواسطة الحكومة الزمنية .

ولا ندرى لماذا يظنون على الحاكم الشرعى بتخويله هذه الصلاحية من فتح باب البيع القهرى أمامه مع أنهم فتحوا أمامه باب الصلح القهرى والذى يكون من موارده تنصيف العين المرددة بين شخصين

موارد البيع الاجبارى

وها نحن نراهم يفتحون باب البيع الاجبارى للحاكم الشرعى فى موارد عديدة .

١ ـ فيما لو لم يقم المولى بنفقة المملوك كالعبد والأمة والحيوان فقد صرحوا هناك باجبار المالك على البيع . قال المحقق الحلى فى البحث عن النفقات « تجب النفقة على ما يملكه الانسان من رقيق وبهيمة ـ الى قوله ـ ولو امتنع عن الانفاق أجبر على بيعه أو الانفاق » .

وحيث يصل الى التكلم عن الحيوان لو لم يقم المالك بنفقته يقول :

« فان امتنع أجبر على بيعها أو ذبحها » (١)

وبمثل ذلك صرح الشهيد الثانى وغيره من الفقهاء ـ رحمهم الله ـ (٢)

٢ ـ طلاق الزوجة لو لم يقم الزوج بنفقتها فقد صرحوا باجبار الزوج على الطلاق أو الانفاق (٣)

٣ ـ مسألة اشتباه الثوبين .

قال المحقق الحلى فى كتاب الشرائع فى بحث الصلح ما يلى :

« ولو كان لواحد ثوب بعشرين درهما وللآخر ثوب بثلاثين ثم اشتبها فان خير أحدهما صاحبه فقد أنصفه وان تعاسرا بيعا وقسم ثمنهما بينهما فاعطى صاحب العشرين سهمين من خمسة والآخر ثلاثة » (٤) .

(١) الشرائع . كتاب النكاح ص ٢٠٥

(٢) اللمعة الجزء الثاني • كتاب النكاح البحث عن النفقات ص ١١٨

(٣) راجع في خصوص هذا المورد جميع المصادر الفقهية .

(٤) الشرائع ص ١٣٠ .

وقد شرح صاحب الجواهر هذه العبارة بقوله :

قد افتى المشهور فيها بذلك لخبر اسحق بن عمار عن الصادق عليه السلام في الرجل يبضعه الرجل ثلاثين درهماً فى ثوب وأخر عشرين درهماً فى ثوب فبعث الثوبين فلم يعرف هذا ثوبه ولاهذا ثوبه قال عليه السلام يباع الثوبان فيعطى صاحب الثلاثين ثلاثة أخماس الثمن والاخر خمسى الثمن قلت فان صاحب العشرين قال لصاحب الثلاثين إختر أيهما شئت قال قد أنصفه المنجبر بالشهرة مع إحتمال صحة سندها » . (١)

أما العلامة الحلى فقد صرح بذلك فى كتاب الصلح فقال (ولو اشتبه الثوبان بيعا وقسم الثمن على نسبة رأس مالهما) (٢)

إذاً فلم يقف الفقهاء مكتوفى الايدى إزاء هذه القضية التى حصل فيها الاشتباه بين الشريكين فى مورد التعاسر بينهما بل خولوا الحاكم الشرعى بالبيع وتقسيم مجموع المال إلى خمسة أخماس لان نسبة رأس المال تقتضى ذلك إذ مجموع قيمة الثوبين تكون خمسين فتقسم إلى خمسة أخماس يأخذ صاحب الثلاثين ثلاثة منها وصاحب العشرين اثنين وليس المهم من ذلك كيفية التقسيم ، بل المهم هو أن المال لا يبقى بينهما مشاعاً بل لابد من بيعه بعد أن عسر تصادقهما على التخيير ويكون ذلك من صغريات مسألتنا وهى (إزالة الشيوع) ومثل هذا ما لو خلط وزنة من الحنطة ردية قيمتها عشرون بوزنة أخرى لغيره جيدة قيمتها ثلاثون فقد حدثت الاشاعة فى البين ، فقيل ببيع المجموع وتقسيم الثمن على نحو ما مر فى الثوبين ، نقول أولا : لو اتفق الشريكان على قسمة العين الخارجية لم تكن القسمة بينهما على نحو المناصفة بل على نحو يكون لصاحب

---

(١) الجواهر كتاب الصلح ص ٤٣١ طبعة إيران سنة ١٣١٢

(٢) التبصرة مبحث الصلح ص ٧٣

الردية خمسان ولصاحب الجيدة ثلاثة أخماس لان الشركة فى العين بعد هذا الخلط تكون بحسب المالية لا بحسب العين الخارجية ، وقد عرفت أن الروايات عنهم عليهم السلام نصت على أخذ نسبة الاخماس فى هذا النوع من الخلط والاشتباه فكما أن لصاحب الردية خمسين من الثمن فكذلك له خمسان من المثمن وهو العين المختلطة ، هذا إذا كانت القسمة ممكنة ، وأما لو لم يتفق الشريكان على القسمة فى العين الخارجية فلابد من بيع المجموع وتوزيع الثمن بينهما اخماساً على ما مر فى الثوبين .

٤ ـ ما ذكروه فى قضية مالو اشترى شخص بعيراً وإشترك الآخر مع المشترى بالرأس والجلد وتفصيل هذه المسألة ما جاء فى كتاب الشرائع والجواهر فى اوائل بيع الحيوان كما يلى : (١) فلو باع واستثنى الرأس والجلد صح ويكون شريكا مع المشترى فى الحيوان بقدر قيمة ثنياه على رواية السكونى عن الصادق عليه السلام قال إختصم إلى أمير المؤمنين عليه السلام رجلان إشترى أحدهما بعيراً واستثنى البيع الرأس والجلد ثم بدا للمشترى أن يبيعه فقال عليه السلام للمشترى : هو شريكك فى البعير على قدر الرأس والجلد ، وما رواه الصدوق فى المحكى عن العيون بسنده إلى الرضا عليه السلام عن آبائه عن الحسين بن على عليه السلام أنه قال اختصم الى على عليه السلام رجلان أحدهما باع الآخر بعيراً فاستثنى الرأس والجلد ثم بداله أن ينحره قال عليه السلام هو شريكك فى البعير على قدر الرأس والجلد ، بناء على أن المراد البداية له فى أن لا ينحره بقرينة الخبر السابق ، ثم « أن صاحب الجواهر اطال الكلام فى هذه المسألة ونقل كلمات الاصحاب فيها ، ثم قال بعد ذلك : « وكذا لو اشترى اثنان أو

(١) الجواهر كتاب التجارة ص ٢٣٧ طبعة ايران سنة ١٣١٢

جماعة حيواناً وشرط أحدهما لنفسه الرأس والجلد كان شريكا بنسبة ماله لصحيح الغنوى عن الصادق عليه السلام فى رجل شهد بعيراً مريضاً وهو يباع فاشتراه رجل بعشرة دراهم واشرك فيه رجلا بدرهمين بالرأس والجلد فقضى أن البعير برىء، فبلغ ثمنه ثمانية دنانير قال فقال عليه السلام لصاحب الدرهمين خمس ما بلغ ، فان قال : أريد الرأس والجلد فليس له ذلك ، هذا هو الضرر وقد أعطى حقه إذا أعطى الخمس » (١)

ثم عقب صاحب الجواهر رحمه الله على ذلك بقوله :

(قلت لا يخفى عدم الفرق فى الحكم المزبور بين مورد الصحيح وغيره) وقد نبه شيخنا الأستاذ - دام ظله - على نقطة دقيقة هنا وهى أن فقهاءنا رحمهم الله وان اختلفوا فى شرح مفاد الخبر فى المسألة الثانية فى أن دفع الدرهمين هل هو من قبيل شراء الراس والجلد ؟

أو انه من قبيل الاشتراك فى ثمن البعير مع إشتراط كون حصة صاحب الدرهمين هى الرأس والجلد الى غير تلك الوجوه التى نقلها عنهم صاحب الجواهر رحمه الله .

إلا أن ذلك لا يخرج كون اصرار صاحب الدرهمين على أخذ الرأس والجلد من قبيل الاصرار الذى حكم الامام عليه السلام بانه مضار فى ذلك فيكون ذلك موجباً لسقوط حقه المذكور وأنه لو أعطى الخمس من قيمة البعير يكون ذلك إعطاء لحقه وان حولته قاعدة نفى الاضرار من عين الرأس والجلد الى خمس قيمة البعير ، وحينئذ يكون ما تضمنه الخبر المذكور من الحكم الآنف الذكر مما يستأنس به لما نحن فيه من كون الركون إلى البيع وقسمة الثمن فيما نحن فيه دفعاً للضرر المتوجه إلى من

---

(١) نفس المصدر ص ٢٣٨

طلب أخذ حقه من المال المشترك غير القابل للقسمة ولا للمهاياة وأن حديث نفى الضرر والضرار حاكم على حديث السلطنة القاضى بعدم نفوذ بيع حصص الشركاء بغير إذنهم كما سيأتى الاستدلال بحديث نفى الضرر لما نحن فيه .

الاستدلال بقاعدة نفى الضرر والضرار

واخيراً أفاد شيخنا الأستاذ - دام ظله - أنه بالامكان أن يستدل لما نحن فيه من حصول التعاسر وعدم إمكان القسمة والمهاياة والاجارة بقاعدة نفى الضرر والضرار حيث ورد فى موثقة زرارة عن الامام ابى جعفر عليه السلام . أن سمرة بن جندب كان له عذق فى حائط(١) لرجل من الأنصار وكان منزل الانصارى بباب البستان فكان سمرة يمر إلى نخلته ولا يستأذن فكلمه الانصارى أن يستأذن إذا جاء فأبى سمرة فجاء الانصارى إلى النبي (ص) فشكا اليه وخبره الخبر فأرسل اليه رسول الله (ص) بقول الانصارى وما شكاه فقال: إذا أردت الدخول فاستأذن فأبى فلما أبى ساومه حتى بلغ به من الثمن ما شاء الله فأبى أن يبيعه ، فقال لك بها عذق فى الجنة فأبى أن يقبل ، فقال رسول (ص) للانصارى اذهب فاقلعها وارم بها اليه فانه لا ضرر ولا ضرار - وفى بعض الروايات ما اراك ياسمرة الا مضاراً ، (٢) وطريق الاستدلال بهذه الرواية هو أن نفى الضرار ليس الا نفى الحكم مع تعمد من صاحبه والاصرار على ايصال

(١) العذق النخله بحملها

(٢) الوسائل كتاب احياء الموات . باب ١٢

الضرر بواسطة ذلك الحكم إلى الطرف الآخر ولاجل ذلك عقب (ص) لاضرر . بلا ضرار .

وحينئذ فيكون الاضرار من طرف بعض الشركاء على عدم البيع من قبيل الاضرار على إضرار الغير - وعليه - فتكون سلطنته على ذلك منتفية بالحديث المذكور فى نفى الضرر والضرار . (١)

(١) ذكر شيخنا دام ظله حديث نفي الضرر والضرار واستدل به في البحث عن حقوق الزوجية وآثارها الوضعية وتجد الحديث والاستدلال بـه مفصلا في موضعه من هذا الكتاب .

حقوق الزوجية وآثارها الوضعية

الرباط المقدس ، حقوق الزوج ، حقوق الزوجة الآثار المترتبة على تخلف الزوجة ، الآثار المترتبة على تخلف الزوج ، حديث نفي الضرر والضرار الفرق بين الضرر والضرار ، الاستشهاد بسيرة السلف ، مدى امكانيات الحاكم الشرعي ، لو كان الزوج مجهول المحل ، طرق التبليغ الحديثة .

الرباط المقدس

الزواج : رباط مقدس جعله الله بين الزوجين لتنتظم به الحياة البشرية ، وهو فى الوقت نفسه ميثاق وشركة بين طرفين ، ولكل شركة مقررات والتزامات تفرضها طبيعة ذلك التعهد الخارجى ، لذلك كان لزاماً على كل طرف أن يتقيد بما تقتضيه أصول هذا الميثاق ، وتمليه عليه مقررات هذه الشركة الجديدة ، فان تم والتزم كل طرف بما فرض عليه فمعنى ذلك انهما سينعمان بحياة سعيدة رغيدة ، هانئة وخالية من المتاعب ، وبعيدة عن الصعوبات .

أما الاخلال من أحد الجانبين بما يجب عليه فمعناه الايذان بحياة شائكة معقدة يشوبها الصخب والضجيج ، وتحوطها المشاكل الاجتماعية.

والزواج وإن كان بالنظرة الأولى - كما اسلفنا - علقة جديدة بين زوجين إلا أن نتائجه فى جميع الأحوال لا تقتصر عليها فحسب بل تتعداهما إلى حلقات أخر كالبيت والأسرة والمجتمع ، وما إلى ذلك .

لذلك كان من الواجب أن يحترم كل طرف ما تفرضه عليه حياته الجديدة من عهود لابد لكل من الطرفين الالتزام بها ، وقد تعرض الفقهاء لحقوق الزوجين كل منهما أزاء صاحبه . وهى كما يلى :

حقوق الزوج

١ - الاطاعة من جانب الزوجة وعدم عصيانه فى الامور التى تتعلق به كما فى :

١ - الخروج من بيته بغير إذنه .

٢ - التصدق بالأموال العائدة له وهبتها ونذرها .

٣ - العبادات التى تمنعه من تحقيق رغبته الجنسية كالصوم تطوعا وما شاكل ذلك .

٤ - أن تمنعه نفسها من الوطء وما يلحق به مما يعود الى رغباته الجنسية .

أما حقوق الزوجة

١ - النفقة بما فيها الطعام والكساء بما يتفق وشؤون الزوجة .

٢ - الوطء مرة واحدة فى كل أربعة أشهر .

٣ - المضاجعة ليلة فى كل أربع ليال .

٤ - عدم المشاكسه معها بدون مبرر شرعى .

هذه هى أظهر الحقوق التى لابد لكل من الطرفين أن يتقيد بها ازاء شريكه ، وقد ذكروا فى المقام اموراً أخرى ترجع الى هذه المذكورات فراجعها فى أماكنها .

والآن فاذا تخلف أحد الزوجين عن القيام بما يجب عليه اتجاه صاحبه فهل هناك آثار وضعية تترتب على هذه المخالفة وما هى ؟

ويقع البحث ـ ونحن فى صدد الاجابة عن السؤال المتقدم ـ فى مرحلتين .

الاولى ـ فى الآثار المترتبة المتصورة بالنسبة الى تخلف الزوجة .

الثانية ـ فى الآثار المترتبة المتصورة بالنسبة الى تخلف الزوج .

أما الآثار المترتبة على تخلف الزوجة

ولابد لنا من فرض الزوج فى هذه الصورة مؤدياً جميع الحقوق التى لزوجته عليه وفعلا فقد حصل منه القيام بكامل حقوقها ، فلو تخلفت عن أداء حقوقة المفروضة عليها فما للزوج حينئذ وما يصنع ؟ وقد أفاد شيخنا الاستاذ ـ دام ظله ـ فى تحديد موقف الزوج من زوجته مع وجود هذا التمرد من جانبها .

بان للزوج فى هذه الصورة لولم يرد الطلاق أن يهجرها ويضربها عملا بمنطوق الآية الكريمة .

« واللاتى تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن فى المضاجع واضربوهن فان اطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا » (١) .

ولسنا الآن فى صدد بيان مقدار الضرب وصفته وهل أن الوعظ والهجران والضرب ترتيباً أو أنها جميعا وسائل تأديبية بأيها شاء بدأ فإن هذا موكول الى محله ، ولسنا فى صدد بحثه بهذه العجالة .

وأما الآثار المترتبة على تخلف الزوج فيمكن حصرها فى نقطتين :

الاولى ـ فسح المجال أمام الحاكم الشرعى لاجراء الطلاق .

(١) النساء آية ٣٣ .

الثانية ـ فى مقابلته بسلب حقوقه عليها فى قبال تخلفه عن حقوقها

أما البحث عن النقطة الاولى

فلابد لنا ـ قبل الدخول فى صلب الموضوع وملاحظته من جميع أطرافه ـ من بيان جهة لها صلتها بما نحن فى صدد بيانه ، وهى أنا نريد من هذا البحث أن نرى هل للحاكم الشرعى صلاحية تولى اجراء الطلاق جبراً على الزوج متى طلبت الزوجة ذلك منه ؟ : من غير فرق بين .

١ ـ من لم ينفق على زوجته .

٢ ـ أو من اصيب بعنن بعد الوطء ولو مرة واحدة .

٣ ـ أو من ترك زوجته ولم يباشرها ولم يضاجعها مما ينطبق عليه عنوان الهجران بلا تقصير صادر منها أوغير ذلك من الموارد التى يعسر معها بقاء الزوجة بدون زوج ، وبعد بيان هذه الملاحظة نعود الى شيخنا الاستاذ ـ دام ظله ـ ليعطى رأيه فى هذه المسألة .

حيث يرى التوسعة فى صلاحيات الحاكم الشرعى ، وشمولها لهذه السلطة ، واجراء الطلاق جبراً على الزوج متى طلبت الزوجة ذلك منه ، وقد أفاد ـ دام ظله ـ فى وجه ذلك مستدلا عليه بالكتاب المجيد وبالسنة الشريفه .

أما الآيات الكريمة فهى :

أولا ـ ما جاء فى قوله تعالى :

« الطلاق مرّتان فامساك بمعروف أو تسريح باحسان ولا يحل لكم أن تأخذوا مما أتيتموهن شيئاً إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله فان خفتم إلا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به تلك

حدود الله فلا تعتدوها ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون ، فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره فان طلقها فلا جناح عليهما أن يتراجعا إن ظنا أن يقيما حدود الله ، وتلك حدود الله يبينها لقوم يعلمون ، وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف ولا تمسكوهن ضراراً لتعتدوا ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه » (١) .

وثانياً - ما جاء فى قوله تعالى أيضا :

« فاذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف » (٢)

والذى يظهر من هذه الآيات الكريمة هو أنها فى صدد بيان حكم كبروى وهو أن كل شخص بالنسبة الى حياته الزوجية لابد له من سلوك احد طريقين .

إما أن يقوم بكامل حقوق الزوجة بما فى ذلك النفقة والوطء والمضاجعة والمباشرة وما الى ذلك مما يكفل حق المرأة من الوجهة الشرعية ، وهو المعبر عنه بقوله تعالى : « فامساك بمعروف » .

أو يقوم بفك رباط الزوجية لتأخذ الزوجة طريقها فى هذه الحياة فتختار من يقوم بشؤونها ويكفل لها حياة سعيدة بعد أن عجز الزوج عن القيام بذلك ، ويكون اخلاء سبيل هذه الزوجة هو المعبر عنه بقوله تعالى : « أو تسريح باحسان » .

ولا ثالث لهذين الأمرين بل الأمر دائر بينهما .

ويؤيد ما ندعيه - من استفادة هذا الحكم الكبروى - ما جاء

(١) البقرة آية ٢٢٩ .

(٢) سورة الطلاق آية ٢ .

فى نفس الآية الكريمة من قوله تعالى : « ولا تمسكوهن ضراراً لتعتدوا » ، فان هذه الفقرة من الآية الكريمة لعلها تكون مسوقة لتأكيد الحكم السابق وهو الامساك بالمعروف أو التسريح بالاحسان وهو ما نبتغيه .

أو تكون مسوقة لبيان حكم جديد ، وهو عدم مشروعية الامساك الضرارى والذى يكون موجباً لالحاق الضرر بالزوجة بأى لون كان الضرر ، سواء كان بتقصير ناشىء عن اختيار من الزوج كعدم قيامه بحقوقها الواجبة عليه مع فرض قدرته على أدائها ، أو كان قهرياً عليه وبلا اختيار كالعنن الطارىء مثلا بعد الوطء ولو مرة واحدة .

أو لعجز عن أداء النفقة والقيام بما تتطلبه حياته المعاشية ، ولا يضر بهذه التوسعة ما ورد فى الآية الكريمة من قوله تعالى : (لتعتدوا) بدعوى ظهورها فى أن الغرض من الامساك المنهى عنه إنما هو الاضرار الذى يكون من قبيل التعدى على الغير أو هو من قبيل التعدى عن الحقوق الشرعية ، أما الاضرار الذى يكون من قبيل العنن وما شاكله فانه خارج عن ذلك لأنه من الامور غير الاختيارية فلا يكون مشمولا للنهى المذكور .

والجواب : أن التعليل المذكور كما يلائم الامور الاختيارية كذلك يلائم غير الاختيارية فان الامساك للزوجة مع عدم قدرته على القيام بحقوقها ينطبق عليه انه اضرار بها وانه تعد صريح على حقوقها المرتبة من قبل الشارع المقدس ، ويتبين لنا هذا المعنى بوضوح إذا لاحظنا ما اكدت به هذه الآيات الكريمة من تكرار كلمة الحدود فقد قال عز وجل فى الآيات المتقدمة :

« إلا أن يخافا إلا يقيما حدود الله »

« فان خفتم إلا يقيما حدود الله »

« تلك حدود الله فلا تعتدوها »

« ومن يتعد حدود الله »

« إن ظنا إلا يقيما حدود الله »

« وتلك حدود الله نبينها »

فان المراد من الحدود فى هذه الموارد ليس هو الحدود والقوانين التكليفية الراجعة لكل شخص بحسبه كحرمة شرب الخمر وما شاكل بل المراد منها القوانين المجعولة لكل من الزوجين على صاحبه حيث تدل كلها على اهتمام الشارع المقدس بالمحافظة على تطبيق تلك الحدود لانشاء حياة سعيدة بين الطرفين وقد يدعى : بان التسريح بالاحسان هو ترك المرأة حتى تنقضى عدتها والامساك هو الرجوع بها فى العدة كما هو ظاهر قوله تعالى :

« فاذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف »

وقد ظهرت الدعوى صريحة فى كلام صاحب الجواهر رحمه الله عند ذكره لاستدلال البعض على فسخ الحاكم فيما لو تجدد العجز عن النفقة بقوله تعالى : « فامساك بمعروف أو تسريح باحسان » ، وأجاب عنه بالمنع من كون الامساك مع عدم التمكن من النفقة إمساكاً بغير المعروف ، ثم قال :

« على انه قد تقدم فى تفسير الآية من النصوص ما ينافى ذلك - »

ويشير بقوله - قد تقدم - الى ما نقله فى مسألة الطلاق الثالث من النصوص الدالة على أن المراد بالتسريح فيه هو الطلاق الثالث

أو هو تركها حتى تنقضى عدتها .

وهناك دعوى ثانية : مفادها أن هذه المقابلة بين التسريح والفراق إنما هى فى موارد المطلقة مرتين كما هو ظاهر موثق الحسن بن فضال المروى عن الامام الرضا عليه السلام ، إن الله عز وجل أذن فى الطلاق مرتين فقال : « الطلاق مرتان فامساك بمعروف أو تسريح باحسان » يعنى فى التطليقة الثالثة (١) .

ورواية أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام ، إن الله تعالى يقول : « الطلاق مرتان فامساك بمعروف أو تسريح باحسان » والتسريح باحسان هى التطليقة الثالثة (٢) .

كل هذه الادعاءات وغيرها لا توجب اختصاص الآيات الكريمة فى الموارد المذكورة بل هى لبيان المورد ، ومن الواضح أن المورد لا يخصص الوارد والذى هو ما استفدناه من الحكم الكبروى حيث لابد للزوج من اختيار أحد المسلكين المذكورين فاما القيام بشؤون الزوجية كاملا أو التخلى وفك ذلك الرباط الزوجى المقدس . مضافاً الى أن الامام الباقر عليه السلام طبق هذه الكبرى الكلية على مورد آخر لا علاقة له بالعدة ولا التطليقة الثانية وهو مورد الايلاء ، فقد ورد عنه عليه السلام أنه قال : « المولى يوقف بعد الأربعه أشهر فان شاء (إمساك بمعروف أو تسريح باحسان) فان عزم الطلاق فهى واحدة وهو أملك برجعتها (٣) .

---

[١] الوسائل الباب الرابع من ابواب الطلاق ، الحديث ٧ .

[٢] الوسائل من ابواب اقسام الطلاق واحكامه

[٣] الوسائل الباب العاشر من ابواب الايلاء ، الحديث ٣ .

فان هذا ايماء من الامام عليه السلام الى الآية الكريمة وتطبيق الحكم الكبروى فيها على حكم الايلاء وأنه بعد الأربعة أشهر يجبر على اختيار أحد الأمرين إما الفئة وإما الطلاق ، وقد جعل الامام عليه السلام (الفئة) إمساكاً بالمعروف وجعل الطلاق تسريحاً باحسان ، وفى هذا التطبيق المذكور من الامام عليه السلام خير شاهد على عدم اختصاص الآيات الشريفة بموارد العدة أو الامساك بالرجعة بعد التطليقة الثانية والتسريح بعد الطلاق الثالث . ومما يشهد بذلك ايضا ما رواه محمد بن على ابن الحسين باسناده عن داود بن الحصين باسناده عن عمر بن حنظلة عن ابى عبد الله عليه السلام « قال سألته عن رجل قال لآخر اخطب لى فلانة فما فعلت من شيء مما قاولت من صداق او ضمنت من شيء او شرطت فذلك لى رضاً وهو لازم لى ولم يشهد على ذلك فذهب فخطب له وبذل عنه الصداق وغير ذلك مما طلبوه وسألوه فلما رجع اليه انكر ذلك كله ، قال : يغرم (١) لها نصف الصداق عنه وذلك أنه هو الذى ضيع حقها فلما أن لم يشهد لها عليه بذلك الذى قال عنه لها حل لها أن تتزوج ولايحل للأول فيما بينه وبين الله عز وجل إلا أن يطلقها لان الله تعالى يقول (فامساك بمعروف او تسريح باحسان) فان لم يفعل فانه مأثوم فيما بينه وبين الله عز وجل وكان الحكم الظاهر حكم الاسلام وقد اباح الله عز وجل لها أن تتزوج » (٢)

ومن هذه الرواية يظهر لنا ما بيناه من أن الترديد بين الامساك

---

(١) أى الوكيل .

(٢) ملحقات العروة للفقيه الطباطبائي ص ١٥٥ نقلا عن كتاب الوسائل مبحث الوكالة .

والتسريح حكم كبروى لايختص بموارد المطلقة اثنتين ، لأن الامام عليه السلام طبق هذه الآية الكريمة على هذا الشخص مع أنه لم يصدر منه طلاق واحد فضلا عن الاثنين بل كل مافى البين أنه انكر وكالته لذلك الخاطب مع كونه فى الواقع قد وكله لأن يخطب له وأنها زوجته بمقتضى ذلك التوكيل .

وعلى أى حال ـ مما سبق ـ عرفت أننا استفدنا من الآيات المتقدمة حكما كبروياً وهو وجوب أحد الأمرين على الزوج ابتداء ولايجوز له التخلف عن ذلك .

إلا أن ذلك لايفتح لنا بمفرده باب إجراء الطلاق من قبل الحاكم الشرعى جبراً على الزوج .

لذلك يرى شيخنا الأستاذ دام ظله أنه فى هذا المورد الذى يتمادى الزوج فى امتناعه من القيام بشؤون الزوجية أن يجبر الزوج أولا بان يوقع الزوج الطلاق بنفسه فان امتنع أجرى الحاكم بنفسه الطلاق جبراً عليه لان الحاكم الشرعى لايقف مكتوف اليد فى مثل هذه الموارد .

وقد سبق لشيخنا دام ظله (أن حقق فى بحث خاص) أن الحاكم الشرعى ولى الممتنع ، لذلك كان عليه أن يجرى الطلاق بنفسه . يضاف اليه ما صرحت به صحيحة ابى بصير من قوله عليه السلام :

« من كانت عنده إمراة فلم يكسها مايوارى عورتها ويطعمها ما يقيم صلبها كان حقاً على الامام أن يفرق بينهما » (١) .

---

(١) الوسائل الباب الأول من ابواب النفقة حديث ٢

الروايات

وأما الأخبار الواردة فى المقام فهى على أقسام عديدة : فمنها - ما تتطرق الى التقصير بالنفقة وبيان مايلزم على ذلك من الأحكام وهى :

١ - صحيح الفضيل بن يسار وربعى عن أبى عبد الله عليه السلام فى قوله تعالى : « ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله » قال إن من كانت عنده إمرأة فلم يكسها ما يوارى عورتها ويطعمها مايقيم صلبها أقامت معه وإلا طلقها (١) .

٢ - رواية ابن ابى عمير : « إذا كساها ما يوارى عورتها ويطعمها مايقيم صلبها أقامت معه وإلا طلقها » (٢) .

ومن هذين الخبرين يتبين لنا أن تأخر الزوج عن النفقة يكون موجباً لفتح باب الطلاق الاجبارى أمام الحاكم الشرعى محافظة منه على حقوق الزوجة عند الاخلال بنفقتها .

ولكن هناك من يستدل لاخراج من كان معسراً عن شمول مثل هذا الطلاق الاجبارى له وإختصاصه بما إذا كان متمكناً من الانفاق بما ورد عن أمير المؤمنين عليه السلام حيث قال : « ان إمرأة استعدت على زوجها أنه لاينفق عليها وكان زوجها معسراً فأبى عليه السلام أن يحبسه وقال : « إن مع العسر يسرا » (٣) .

---

(١) نفس المصدر والموضع السابق .

(٢) الوسائل الباب الأول من ابواب النفقة حديث ٣

(٣) التهذيب . كتاب القضاء . باب زيادات القضاء .

وقد اجاب شيخنا الأستاذ دام ظله عن هذا الاستدلال بان الرواية المذكورة - كما يظهر لمن لاحظها - لم تكن فى مقام طلبت الزوجة فيه من الامام عليه السلام الطلاق من زوجها وان يجرى ذلك جبراً عليه فأبى امير المؤمنين عليه السلام عن ذلك ، بل إنها جاءت تطلب الانفاق منه وكان زوجها معسراً فهى فى الحقيقة دائن جاء الى الحاكم الشرعى يطالب بدينه من غريمه مع أن الغريم معسر لايتمكن من الوفاء ، وبطبيعة الحال أن الغريم لو تمادى عن ايفاء ما بذمته فلابد من حبسه إذ لاطريق لاخراج الحق منه الا ذلك ، فكأن الزوجة جاءت الى أمير المؤمنين عليه السلام تطالب بحبس زوجها والتضييق عليه ونحو ذلك مما يلجئه - بحسب اعتقادها - الى التكسب والانفاق عليها ولذلك فرع الرواى عليه بقوله (فأبى أن يحبسه) بالفاء ، وقال « إن مع العسر يسراً » فهى لم تطلب من الامام عليه السلام الطلاق بل طلبت إخضاع الزوج باى صورة كانت للانفاق عليها .

وقد يعترض بانه أما كان اللازم على الامام عليه السلام أن يعلمها بأن لك فى مثل هذه الحالة أن تطلبي الطلاق منه ؟ فلو كان المقام من صغريات باب الطلاق الاجبارى لكان على الامام ان يعلمها بذلك .

ويجاب عن هذا الاعتراض بانه ليس من الوجوب والالزام على الامام أن يتصدى لاعلامها بمالها من الحقوق .

مضافاً الى إمكان إستظهاره عليه السلام بانها لا تطلب الطلاق وانها راضية ببقاء الزوجية إلا أنها جاءت تطلب منه حبسه ليكون ذلك داعياً الى تكسبه وبحثه وراء العمل والانفاق من جراء ذلك عليها .

وعلى هذا فيكون مجرد عدم الانفاق والاصرار عليه موجباً لفتح

باب الطلاق الاجبارى أمام الحاكم الشرعى من غير نظر الى حالة الزوج وانه موسر أو معسر .

القسم الثانى من الأخبار .

ما تعرض لحكم المولى والمظاهر ، فالأول هو الذى يحلف بعدم مقاربة زوجته فيقول (والله لا اقارب زوجتى) ماخوذاً من الالية حيث يقال فلان آلى أى حلف ، والثانى هو الذى يقول لزوجته (انت علي كظهر أمى) .

والأخبار فى هذين كثيرة وفى كليهما نجد الصراحة فى دوران الأمر بين الكفارة أو الطلاق ، إلا أنها فى الظهار بعد مرور ثلاثه أشهر ، وفى الايلاء بعد أربعة أشهر .

أخبار الايلاء :

١ ـ ماتضمن قوله عليه السلام (وان لم يف أجبر على أن يطلق) (١)

٢ ـ ماتضمن قوله عليه السلام (وينبغى للامام ان يجبر على أن يفى او يطلق) (٢) .

٣ ـ ماتضمن قوله (كان أمير المؤمنين عليه السلام يجعل له حظيرة من قصب ويجعله فيها ويمنعه من الطعام والشراب حتى يطلق) (٣) .

٤ ـ قوله عليه السلام إذا ابى المولى أن يطلق جعل له حظيرة من قصب واعطاه ربع قوته حتى يطلق) (٤) .

---

(١) الوسائل الباب التاسع من ابواب الايلاء حديث ١

(٢) الوسائل الباب التاسع من ابواب الايلاء حديث ٣

(٣) الوسائل الباب الحاد يعشر من ابواب الايلاء حديث ٢

(٤) الوسائل الباب الحادي عشر من ابواب الايلاء حديث٣

٥ - ما جاء فى قوله عليه السلام (إن فاء - وهو ان رجع الى الجماع - والا حبس فى حظيرة من قصب وشدد عليه فى المأكل والمشرب حتى يطلق) (١).

٦ - ما جاء فى بعض الروايات من انه (إن كان بعد الأربعة أشهر فان ابى فرق بينهما الامام) (٢).

٧ - ماروى من انه (متى أمره إمام المسلمين بالطلاق فامتنع ضرب عنقه لامتناعه على إمام المسلمين) (٣).

٨ - وقد ورد فى بعضها السؤال عن رجل آلى من امرأته: «متى يفرق بينهما ؟ قال عليه السلام: اذا مضت اربعة أشهر ووقف، قلت: من يوقفه ؟ قال عليه السلام: الامام، قلت: وإن لم يوقفه عشر سنين قال عليه السلام، هى إمرأته» (٤).

ويظهر ما ندعيه من أن للامام ايقاع الطلاق جبراً واضحاً من الخبرين السادس والثامن حيث يقول الامام عليه السلام فيها (فان ابى فرق بينهما) وقول السائل: متى يفرق بينهما.

وقد يعترض: بأن بقية الأخبار لم يظهر منها ذلك بل غاية مافى البين أنها ذكرت مايلزم إتخاذه معه حتى يطلق.

وقد اجاب شيخنا الأستاذ دام ظله عن هذا الاعتراض بان الفقيه يستنبط من هذه التشديدات ومن ذلك التصريح فى الخبرين المذكورين

(١) الوسائل الباب الحادي عشر من ابواب الايلاء حديث ٤

(٢) الوسائل الباب التاسع من ابواب الايلاء حديث ٤

(٣) الوسائل الباب الحادي عشر من ابواب الايلاء حديث ٥

(٤) الوسائل الباب الثامن من ابواب الايلاء حديث ٤

أنه لابد للحاكم الشرعى هذه السلطة محافظة منه على الحق الزوجى بدرجة أننا نرى أحد الاخبار السابقة يصرح بانه لو امتنع الزوج من الطلاق ضرب عنقه ، فراجع الخبر السابع .

وقد يعترض ثانياً : بان هذه الأخبار المذكورة إنما هى فى مورد الايلاء وهو مورد خاص يتضمن فتح باب الطلاق على من حلف بأن لايواقع زوجته ، ونحن نريد تسرية ذلك الحكم الى بقية الموارد والتى منها يكون الزوج متعنداً وتاركا لزوجته من دون تقصير صادر منها .

وقد رد شيخنا دام ظله هذا الاعتراض باننا نتعدى من مورد الايلاء الى غيره بقرينة مافى الأخبار المذكورة من أن الامام عليه السلام فى صدد بيان الحكم الكبروى وهو المحافظة الشديدة على حقوق كل من الزوجين توخياً من وراء ذلك المحافظة على المصلحتين العامة والخاصة هذا اولا ، وثانياً أن المورد لايكون مخصصاً للوارد فلا يلزم الاختصاص من هذه الأخبار السالفة الذكر كما هو واضح .

ومثل أخبار الايلاء أخبار الظهار ، فراجع الوافى وغيره من كتب الأخبار ولاداعى للاطالة .

القسم الثالث من الأخبار

ما تعرض لحكم من ترك وطء زوجته لاكثر من أربعة أشهر وفيها تصريح بان للزوجة الاستعداء على زوجها إما أن يقوم بالواجب أو يطلق ومن هذا القسم .

١ ـ « إذا غاضب الرجل إمرأته فلم يقربها من غير يمين أربعة أشهر استعدت عليه فاما أن يفيء وإما أن يطلق فان تركها من غير مغاضبة

أو يمين فليس بمولى »(١) .

وقد تعرض كاشف اللثام ـ رحمه الله ـ فاستثنى من عدم الجواز المذكور لترك وطء الزوجة اكثر من أربعة أشهر ثلاثة وهم المسافر والعاجز والمعذور .

وصاحب الجواهر ـ رحمه الله ـ وافقه فى العاجز وناقشه فى المسافر ولكنه تامل أخيراً من جهة السيرة .

ولكن شيخنا الأستاذ دام ظله ناقش صاحب الجواهر فى هذا التأمل المذكور بان السيرة إنما تجرى حيث أن الغالب هو رضا الزوجة أما مع مطالبتها فلم يعلم جريان السيرة عليه كما هو واضح .

وقد علق فى الوافى على الخبر المتقدم بقوله :

(بيان) إستعدت : استعانت وإستنصرت ، فاما أن يفىء وإما أن يطلق : يعنى يجبر على أحد الأمرين لان حكمه حكم المولى فى ذلك وإن لم تجب عليه الكفارة بخلاف ما اذا تركها من غير مغاضبة ولا يمين فانه ليس بمولى (٢) .

والجماعة جروا على ذلك فقال فى الجواهر فى رد الاستدلال بالخبر المذكور لوجوب الوطء لاكثر من أربعة اشهر مايلى : « فان فيه أنه ظاهر فى الحاق المغاضبة بالايلاء وهو غير مانحن فيه » ،(٣) فحملوا الترك مع المغاضبة على الايلاء فى الحكم وهو الاستعداء واجبار الحاكم له على أحد الأمرين وان لم تكن عليه كفارة لعدم اليمين ، ولكن لااشكال عندهم

(١) الوسائل الباب الأول من ابواب الايلاء حديث ٢

(٢) الوافى باب حق المراة على زوجها جزء ١٢ مجلد ٣ ص ١١٩ طبعة ايران

(٣) الجواهر كتاب النكاح مسالة ترك الوطى لا كثر من اربعة اشهر ص ٣٥

فى أنه لايجوز تركها أكثر من أربعة أشهر وإن لم يكن عن مغاضبة بل كان تشهياً منه لانشغاله عن زوجته حاضراً كان أو مسافراً ، وفى الحقيقة أن صاحب الجواهر رحمه الله وإن ناقش فى الخبر من جهة دلالته إلا أنه ملتزم بحرمة ترك الوطء فى الأربعة إستناداً الى الخبر الآخر ، والى الاجماع المدعى فى المقام وعبر عن القول بجواز الترك فى غير الشابة (بانه لايستأهل أن يسطر) .

وحينئذ فهل للزوجة الاستعداء أو أنه ليس لها ذلك ؟ لاسبيل الى الثانى .

وعليه فما يكون تكليف الحاكم الشرعى لو استعدت عنده المرأة ؟ فهل هو مجرد قوله للزوج (باشر زوجتك) ؟ وإن لم يطع ـ سيما فيما إذا لم يتمكن من حبسه والتنكيل به والتضييق عليه ـ أو انه لابد له من إجباره على اختيار أحد الأمرين ويكون الأمر بالأخير راجعاً الى أن الحاكم بحسب ولايته على فصل الخصومات ـ يجرى عليه حكم المولى وان لم يكن مولياً ولا مغاضباً ، وقد عقب أخيراً شيخنا الاستاذ على ماتقدم بأنه بامكاننا القول بأن المغاضبة لاتتوقف على إظهارها من الزوج للزوجة بل يكفى فيها مجرد الترك أى ترك وطئها مع طلبها ذلك منه فانه يكون بتركه لها مع طلبها مغاضباً لها ، والرواية ناظرة الى الترك العادى المجرد عن كل شىء سوى الترك .

ولكن قد يستدل على عدم فتح باب الطلاق الاجبارى فى غير النفقة وما هو منصوص عليه بالروايات الآتية :

١ ـ صحيح الحلبى عن أبى عبد الله عليه السلام عن المفقود قال عليه السلام : المفقود إذا مضى له أربع سنين بعث الوالى أو يكتب الى الناحية التى

هو غائب فيها فان لم يجد له أثراً أمر الوالى وليه أن ينفق عليها فما أنفق عليها فهى امرأته ، قلت فانها تقول : فانى أريد ماتريده النساء قال : ليس لها ذلك ولا كرامة ، فانلم ينفق عليها وليه أو كيله أمره بأن يطلقها(١)

٢ - خبر أبي الصباح عن أبى عبد الله عليه السلام عن المفقود قال عليه السلام فى امرأة غاب عنها زوجها أربع سنين ولم ينفق عليها ولم تدر أحى هو أم ميت أيجبر وليه على أن يطلقها ؟ قال : نعم ، وان لم يكن لها ولى يطلقها السلطان ، قلت : فان قال الولى أنا أنفق عليها قال : فلا يجبر على طلاقها قلت : أرأيت إن قالت أنا أريد ماتريد النساء ولا أصبر ولا أقعد كما أنا ؟ قال ليس لها ذلك ولا كرامة اذا أنفق عليها (٢)

٣ - خبر بريد بن معاوية عن أبى عبد الله عليه السلام عن المفقود كيف يصنع بامرأته (الى قوله) : دعا ولى الزوج المفقود فقيل له هل للمفقود مال فان كان للمفقود مال أنفق عليها حتى يعلم حياته من موته ، وان لم يكن له مال قيل للولى أنفق عليها فان فعل فلا سبيل لها أن تتزوج ما أنفق عليها (٣)

وخبر بريد وان لم يكن كالخبرين الأولين فى الصراحة على عدم الاعتناء بما تريده من الطلاق لانها لاتقعد كما هى إلا أن قوله عليه السلام (فلا سبيل لها أن تتزوج ماأنفق عليها) يعطى ذلك بعموم قوله لا سبيل لها أن تتزوج مادام الانفاق حاصلا لها وان كانت تريد ماتريده النساء .

والخلاصة أن من مجموع هذه الأخبار الثلاثة نستفيد ماأدعيناه

(١) الوسائل الباب ٢٣ من ابواب اقسام الطلاق

(١) الوسائل الباب ٢٣ من ابواب اقسام الطلاق

(٢) الوسائل الباب ٢٣ من ابواب اقسام الطلاق

من أنه لامجال لفتح باب الطلاق الاجبارى فى غير موارد النفقة وماهو منصوص عليه .

وقد رد شيخنا الاستاذ دام ظله هذا الاستدلال من وجهين .

الأول : ـ إن هذه الأخبار غير ناظرة الى الصورة التى يجرى عليها المتعندون من هجر الزوجة وتركها لا لتقصير صادر منها بل هى ناظرة الى صورة مالو كان الزوج مسافراً وقد انقطعت أخباره .

الثانى ـ إنا نقول إن الاجبار على الطلاق وان لم يكن من حقوقها إلا أنه من حقوق الحاكم الشرعى الذى يكون ملزماً بسد الخلل فى الانتظام وفى الحقيقة هو من حقوق النوع البشرى ، ومن البيّن أن الحاكم الشرعى هو ولى النوع كما حقق فى محله .

وقد أفاد شيخنا دام ظله بأنا لو أغضينا النظر عن هذين الجوابين فلا بد لنا من طرح هذه الأخبار المذكورة المانعة من الطلاق نظراً لما ورد فى أخبار عدم جواز ترك الوطء لأكثر من أربعة أشهر ، وكذا ماورد فى أخبار الايلاء والظهار مما يستنبط منه انه لابد للحاكم الشرعى أن يحافظ على الحقوق الشرعية وعدم فسح المجال لكل من الزوجين فى التقصير بحقوق الطرف الآخر لان ملاحظة تلك الأخبار تعطينا صورة واضحة عن مدى اهتمام الشارع المقدس بذلك وأنه لايرضى بالتسامح فيه ، وقد رأينا مافى بعضها من العقاب الصارم لولم يطلق بحيث يكون أمر الزوج دائراً بين اثنين لاثالث لهما .

فاما أن يفىء وحينئذ فيجد الله تواباً رحيما ، أو يطلق وعليه فان الله سميع عليم .

بهذا المضمون صرحت الآية الكريمة فى قوله تعالى : « والذين

يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر فان فاؤا فان الله غفور رحيم وإن عزموا الطلاق فان الله سميع عليم » (١)

وقد عرفت من بعض الأخبار السابقة أن التشديد يصل الى درجة يجوز الامام فيه ضرب عنق ذلك الرجل كما عن خلف بن حماد رفعه الى الامام الصادق عليه السلام فى المولى :

(فاما أن يفيء أو يطلق فان فعل وإلا ضرب عنقه) (٢) . وبالأخير ماتضمنته بقية الأخبار من أن الامام يطلق عنه ولعل ضرب الرقبة فى خصوص مالو أمره الامام عليه السلام بالطلاق فعصى كما فى المرسلة المتقدمة .

وعلى هذا فيدور الأمر بين تخييره بالمباشرة والطلاق بعد الأربعة أشهر ولا يقتصر على مولى وغيره بل يعم كل تارك ، وحينئذ فيمكننا تصحيح ضرب الأجل للغائب فان حضر فهو وإلا كان علينا أن نطلقها منه قهراً عليه شريطة أن يكون الطلب من الزوجة حاصلا لاجراء الطلاق منه وانها لاتبقى على هذه الحالة .

ولا بد للرجل من كونه على طبق ماتشير اليه الآية الكريمة من الاربعة أشهر .

مبدأ الاربعة أشهر

وهذا محل خلاف بينهم . فهل هو بعد رفع الامر الى الحاكم الشرعى

---

(١) البقرة آية ٢٢٦

(٢) الوافي باب الايلاء ص ١٤١

حيث دلت عليه جملة من الأخبار أو أنه من حين إيلائه كما هو ظاهر الآية الكريمة اذا كان فى البين إيلاء ؟

أو أنه من حين تركه الوطء وان لم يكن فى البين إيلاء أوظهار ربما قيل بالأول وهو البدء بالأربعة أشهر من حين رفع أمرها الى الحاكم الشرعى من باب السير الحكيم والمسامحة مع الزوج إذ لعل سكوتها قبل رفع الامر الى الحاكم الشرعى كاف فى امضاء ترك الوطء طوال المدة السابقة ولكن شيخنا الاستاذ دام ظله استظهر الوجه الثانى .

حديث نفي الضرر والضرار :

مما تقدم - عرفت - الادلة من الآيات والروايات على القول بانفتاح باب الطلاق الاجبارى أمام الحاكم الشرعى .

ومما يؤيد ذلك ما استدل به للموضوع نفسه من حديث - نفى الضرر والضرار - كما جاء عن زرارة عن أبى جعفر الباقر - عليه السلام - قال : ان سمرة بن جندب كان له عذق ، وكان طريقه اليه فى جوف منزل رجل من الانصار ، فكان يجيء ويدخل الى عذقه بغير اذن من الانصارى فقال الانصارى : ياسمرة لاتزال تفاجئنا على حال لانحب أن تفاجئنا عليه، فاذا أردت الدخول فاستأذن . فقال : لااستأذن فى طريق ، وهو طريق

الى عذق . قال : فشكاه الانصارى الى رسول الله (ص) فأرسل اليه (ص) فأتاه فقال : ان فلاناً قد شكاك وزعم انك تمر عليه وعلى أهله بغير اذن ، فأستأذن عليه اذا أردت أن تدخل فقال يارسول الله استأذن فى طريق الى عذق ؟ فقال رسول الله (ص) خل عنه ولك مكانه عذق فى مكان كذا ، فقال : لا ، قال . فلك اثنان قال : لا أريد ، فلم يزل يزيده حتى بلغ عشرة أعذق فقال : لا قال : فلك عشرة فى مكان كذا وكذا فأبى ، فقال : خل عنه ولك مكانه عذق فى الجنة قال : لا أريد ، فقال له رسول الله (ص) انك رجل مضار ولا ضرر ولا ضرار على مؤمن ثم أمر بها رسول الله (ص) فقلع ثم رمى بها اليه وقال له رسول الله (ص) انطلق واغرسها حيث شئت (١) والروايات الواردة فى - لاضرر - كثيرة وفى موارد متعددة ، وتتجسم كاملة فى قضية سمرة وفى أغلبها يكون التصريح عنهم عليهم السلام بلفظ (لاضرر ولا ضرار) ولا مجال للتعرض لجميعها بل نكتفى بالحديث المتقدم الوارد عن زرارة فى قضية سمرة وقبل التطرق الى الاستدلال بالحديث الشريف لما نحن فى صدد اثباته لابد لنا من بيان لمحة عن الحديث المذكور والمراد من النفى المتوجه على كل من - الضرر والضرار - .

ماهو الضرر والضرار ؟

الضرر : مصدر (ضر) وهو النقص فى الحال ، أو النفس ، أو العرض

(١) الوسائل كتاب احياء الموات الباب ١٢

كما تنص عليه كتب اللغة .

الضرار : مصدر ضار ، وهو ايصال الضرر من كل طرف الى الآخر لكونه من باب المفاعلة ، والمفاعلة قاضية بالمشاركة من الطرفين نظير المضاربة والمقاتلة وبناء على اعتبار كون الضرار من باب المفاعلة ، كيف يتم توجيه الضرار فى قضية سمرة مع الانصارى ؟ فان ايصال الضرر كان صادراً من جهة واحدة ، وهو سمرة حيث كان يريد الضرر بصاحبه فى الدخول عليه بلا استئذان وفى مقام الجواب عن ذلك نقول : أنه ربما وردت صيغة المفاعلة على خلاف مايقتضيه وضعها من المشاركة من الطرفين كما فى مثل - سافر وهاجر - بمعنى سفر وهجر ويتم بذلك توجيه قضية سمرة بعد ماصار استعمال صيغة المفاعلة فيه مجازاً وطبيعى أن الالتجاء الى ذلك يفقدنا روعة المعنى الحقيقى وهو المشاركة من الطرفين ولم يحصل لنا ذلك المعنى الذى تفيده صيغ المفاعلة ، وللمحافظة على المعنى الحقيقى فى هذه القضية يمكننا أن نعتبر القضية المذكورة فى مسألة سمرة أيضاً مما حصلت فيها المشاركة من الطرفين والمحافظة على هذا المعنى الحقيقى يستدعينا اعمال عناية فى البين ، ليطلق على سمرة عنوان المضار وتلك العناية ، هى أن إصرار سمرة على الاضرار بالأنصارى مع انه لم يشترك معه فى ايصال الضرر اليه يجعل الانصارى فى نظر سمرة كانه يقابله بالضرر حيث يمنعه من الدخول الى نخلته فيكون ايصال الضرر من سمرة مكافأة منه بايصال الضرر اليه فى قبال ذلك الضرر الذى يتخيل سمرة حصوله من الانصارى كل ذلك بعد امتناع سمرة عما أمره النبى (ص) أولا من الاستئذان من الانصارى بدخوله عليه ، فكان مصراً على الاضرار وكان اصراره على الاضرار مصححاً لاستعمال المضارة فى حقه باعتبار هذه العناية المذكورة

المراد من النفى فى الحديث

من الواضح أن جملة ـ لاضرر ولا ضرار ـ الواردة فى كلامه (ص) قد اشتملت على فقرتين ـ الضرر والضرار ـ وقد دخل النفى عليهما معاً فما هو المراد به ؟

أما نفى الضرر : فمن البين أن النفى الوارد على الطبيعة ، تارة : يكون نفياً حقيقياً ، وثانية : يكون نفياً تنزيلياً . ويمثل للاول : بقولنا لارجل فى الدار .

أما الثانى : فلا بد لتصحيح التنزيل فيه من اعتبار جهة يكون التنزيل بواسطتها معتبراً ، وهذه الجهة تختلف . فقد يكون نفى الصحة مصححاً وهذا كما فى قوله ﷺ « لاصيام لمن لم يبيت الصيام من الليل » . أو تكون نفيا للكمال وذلك كما فى قوله ﷺ « لا صلاة لجار المسجد الا فى المسجد » . أو تكون الجهة المصححة هى نفى الحكم وسيتضح مثالها عند التعرض لرأى صاحب الكفاية ـ رحمه الله ـ أو تكون الجهة هى نفى التحريم كما فى مثل نفى الضرار وسيأتى مزيد توضيح لذلك انشاء الله تعالى .

وقد ذهب صاحب الكفاية ـ رحمه الله الى اعتبار النفى المتوجه على الضرر فى الحديث الشريف انما هو من النفى التنزيلى ، والمنفى فيها هو الحكم لكنه بلسان نفى الموضوع ، بمعنى أن النفى يكون مسلطا على الفعل الخارجى الذى يوقع فى الضرر ، ولنفرض ذلك الفعل الخارجى هو الوضوء

بالنسبة الى المريض الذى يضره استعمال الماء ، ويكون معنى نفيه هو نفى حكمه ، وعلى هذا فيكون هذا النوع من النفى من قبيل نفى الحكم بلسان نفى الموضوع .

والرد على هذا المسلك يكون من وجوه :

أولا - أن كون المراد من الضرر هو الموضوع الضررى على ما يقوله صاحب الكفاية - قدس سره - يستلزم أن لا يكون النفى فى هذه الفقرة نفياً حقيقياً بل يكون نفياً تنزيلياً باعتبار نفى ذلك الموضوع ومع امكان إعتبار النفى نفياً حقيقة - كما سنبينه - فلا مجال لاعتبار النفى نفياً تنزيلياً تصححه جهة من الجهات .

وثانياً - أنه - رحمه الله - قد نفى الموضوع بنفيه لحكمه فصار نفى الحكم عنده مصححاً لنفى الموضوع ، ولا يمكن الأخذ باطلاق هذا ، لأن الحكم الذى يكون مصححاً لنفى الموضوع هو الحكم الذى يكون انعدامه موجباً لانعدام الموضوع تنزيلا كما فى مثل الوجوب بالنسبة الى الوضوء فان نفيه يمكن أن يقال بكونه مصححاً لنفى الموضوع بخلاف ما لو كان الحكم هو الحرمة - مثلا - فان نفى حرمة الشيء لا تكون مصححة لنفى ذلك الشيء ، بل هى على العكس تكون موجبة لفتح باب وجوده لانها توجب انعدامه .

ويختار شيخنا الأستاذ - دام ظله - بأن النفى المتوجه على الضرر فى هذه الفقرة هو النفى الحقيقى لا التنزيلى إذ الوجوب فى مفروض المثال المتقدم ، لما كان باعثاً للمكلف على الوضوء فيكون الضرر معلولا للوضوء والوضوء - فى نفس الوقت - معلول للوجوب الوارد عليه ، فيكون الوجوب علة للضرر ويكون الضرر مسبباً توليدياً عنه ، فيصح أن نعبر

عن الوجوب بعنوانه الثانوى الذى هو المسبب التوليدى عنه ، وهو الضرر فيكون الضرر عبارة عن نفس الحكم الموقع فى الضرر . وبهذا يكون النفى نفياً للحكم ابتداء .

وأما نفى الضرار . فان النفى فيه تنزيلى والجهة المصححة لهذا التنزيل هى كونه كناية عن التحريم ونظير ذلك ما ورد فى الآية الكريمة : « الحج أشهر معلومات فمن فرض فيهن الحج فلا رفث ولا فسوق ولا جدال فى الحج » (١) .

فان الشىء لو كان محرماً كانت حرمته موجبة لصحة إنتفائه ليكون كناية عن نفى مشروعيته على حذو قوله : لا رهبانية فى الاسلام .

الفرق بين الضرر والضرار :

وبناء على ما تقدم يكون حاصل الفرق بين الضرر والضرار :

هو أن الضرر : مسوق لنفى الحكم الموجب للضرر ، وإن لم يكن ذلك مقروناً بتقصد وإصرار من صاحب ذلك الحكم .

وأما الضرار : فانه مسوق لنفى الحكم ، مع تعمد من صاحبه والاصرار على ايصال الضرر بواسطة ذلك الحكم الى الطرف الآخر ولأجل ذلك عقب ـ ص ـ : لاضرر بلا ضرار ـ وهذا من قبيل الانتقال من الأدنى الى الأعلى ، كما يشهد به قوله ـ ص ـ قبل ذلك بعد اسداء النصح لسمرة (انك رجل مضار) واليه الاشارة فى قوله تعالى : « ولا تمسكوهن ضراراً لتعتدوا » وفى قضية سمرة ، وما تضمنته الرواية الشريفة من الأمر بقلع النخلة والقائها فانه ـ ص ـ لم يأمر بالقلع ، إلا بعد

---

(١) البقرة آية ١٩٧

أن حكم على سمرة بالاستئذان عند إرادة الدخول ، وامتنع سمرة من الرضوخ لذلك الحكم الشريف ، وحينئذ فيكون استحقاقه لبقاء نخلته ـ ضراراً ـ لكونه سبباً لاصرار سمرة على الضرر فيكون منتفياً ، إذاً ففى المرتبة الاولى كان جواز الدخول لسمرة بلا استئذان سبباً للضرر فيكون منتفياً ـ بلا ضرر ـ وتكون نتيجة ذلك لزوم الاستئذان ، وحيث لم يقبل سمرة بذلك الحكم فقد انتقل المورد من الضرر الى ـ الضرار ـ وصار استحقاق بقاء النخلة موجبا للضرار لذلك نفاه ـ ص ـ وكانت نتيجة ذلك هو جواز قلع النخلة ، إذ لا يمكن نفيه إلا بهذا الطريق حيث أن ذلك الضرار وان أمكن نفيه باقامة شخص يمنع سمرة من الدخول بلا استئذان إلا أن ذلك لما لم يكن متيسراً له فى ذلك العصر فقد انحصر رفع ذلك الضرر الناشيء عن اصراره على الدخول بلا استئذان برفع ذلك الاضرار وهو استحقاقه لبقاء نخلته فنفاه ـ ص ـ بنفى الضرار الذى يكون متولداً عنه .

الاستدلال بالحديث الشريف لما نحن فيه :

وينحصر الاستدلال بهذا الحديث الشريف بأحد وجهين :

الأول ـ اجراؤه فى لزوم النكاح فتكون النتيجة هى ثبوت خيار الفسخ للزوجة .

الثانى ـ الاستدلال به لاثبات الاجبار على الطلاق .

أما الوجه الأول : فيقال فى تصويره . أن لزوم النكاح على الزوجة . وعدم الاخلال من جانبها بحقوق الزوج فى حال كون الزوج غير قادر على القيام بحقوقها يكون ضرراً منفيا بالحديث المذكور ، وحينئذ

فيكون للزوجة فسخ النكاح ، ونظير هذا ما ذهبوا اليه فى مسألة عدم لزوم البيع على المغبون ، والاستدلال له بحديث نفى الضرر .

وبهذا ينتج لنا امكان الفسخ من جانب الزوجة ، حيث يخل الزوج بحقوقها لأن الاخلال بالحقوق التى لها عليه - ضرر - وهو منفى بالحديث الشريف . وقد يعترض على هذا الوجه من الاستدلال .

بأن إعطاء صلاحية الفسخ بيد الزوجة فتح لباب الخيار ، وثبوته فى عقد النكاح ، مع أن الاجماع قائم على عدم دخول الخيار فى عقد النكاح إلا من الطرق الخاصة المنصوص عليها فى عيوب الرجل والمرأة.

وقد تعرض صاحب الجواهر - رحمه الله - لهذا المعنى حيث تطرق الى الاستدلال على عدم صحة اشتراط الخيار فى النكاح ، معللا إياه بأن فيه شائبة العبادة التى لا يدخلها الخيار - الى أن قال - بل فى قوله : فى خبر ابان كقوله فى غيره تزويج البته ، ونحو ذلك منافاته لعقد النكاح من ضروريات التقية . وحيث يصل المحقق الحلى - قدس سره - فى شرائعه الى المسألة الثانية عشرة من المسائل التى ذكرها فى باب المهور يقول صاحب الجواهر فى الاستدلال على بطلان شرط الفسخ لمعلومية الخيار ولحصر فسخه بغيره ، ولذا لا يجرى فيه إلا ماقاله بخلاف غيره من عقود المعاوضات .

وعلى أى حال فهل يثبت للزوجة الفسخ فى النكاح بعد حصول الضرر أو لا ؟

ويجيب شيخنا - دام ظله - :

لقد سبق أن بينا فى دروس سابقة عدم قابلية النكاح للخيار المجعول ابتداء أو الناشىء عن تخلف الشروط المصرح بها فى العقد

أو التي تكون ضمنية ، وهناك ذكرنا أن لزوم النكاح حكمي ، لا انه مجعول للمتعاقدين ، ومع قطع النظر عن ذلك نقول (١) :

---

(١) المعاملة بالنظر الى اللزوم وعدمه تكون على اقسام :

الأول ـ ما يكون اللزوم فيها ذاتياً : حيث تقتضيه ذات المعاملة كما في لزوم الرهن على الراهن ، فان عدم لزومه عليه ينافي حقيقة الرهن الذي هو جعل الوثيقة عند الطرف الآخر الموجب لوثوق المرتهن بعدم تلف دينه ، فهذا النحو من العقود والذي يكون اللزوم فيه ذاتياً لا يجوز فيه اشتراط الخيار لأن اشتراط الخيار فيه مناف لحقيقة المعاملة .

الثاني ـ ما يكون اللزوم فيه حقيقيا . وهذا كما في معاملة البيع اذا وقعت بقالب العقد ، والتعاهد فان كلا من المتعاقدين بواسطة وقوع ذلك العقد له الحق على صاحبه بالزامه بمقتضى ذلك العقد ومنعه من الفسخ .

وهذه الحقية إنما جاءت من العقد والتعاهد من كل منهما على ما اوقعاه ، ومن الواضح ان اللزوم في هذا القسم لا يكون ذاتيا ! لأن مبادلة الكتاب بالدينار ـ مثلا ـ على نحو المعاطاة من دون عقد ، لا يكون لزومها من مقتضيات ذاتها بل لكل منهما الرجوع فيما اوقعه ، ويكون ابراز تلك المعاملة بقالب العقد مانعا عن الرجوع ، وفي هذا النحو من المعاملات لا مانع من اشتراط الخيار فيها ، لأن هذا الشرط لا يكون منافيا لذات المعاملة ، كما انه لا يكون منافيا للتعاقد عليها واقصى ما فيه انه يكون منافيا لاطلاق التعاقد ، وهذا جار فى كل شرط ، فان الشرطية إنما تكون منافية للاطلاق لا لذات المشروط .

الثالث ـ ان يكون اللزوم حكميا ! حيث يكون بجعل من الشارع المقدس ومعنى ذلك ان الشارع يحكم على خصوص معاملة بانها لاخيار فيها لأحد المتعاقدين فيكون اشتراط الخيار فى مثل هذه المعاملة مخالفا للحكم الشرعي ، فلا يكون نافذاً . وهذا كما في باب النكاح فان عقده وان تضمن حقية اللزوم ، وهو --

ان الضرر المتوجه على الزوجة فى حال عدم قيام الزوج بحقوقها ليس مسبباً توليدياً عن نفس لزوم النكاح لينتفى بالحديث المذكور، إذ من المعلوم أن إختيار الزوج دخيل فى البين، وسيأتى مزيد توضيح لذلك

الوجه الثانى من الاستدلال بحديث نفى الضرر :

وهو الاستدلال بالحديث المذكور لاثبات الاجبار على الطلاق وعلى سلطنة الحاكم الشرعى عليه وتقريبه ٠

هو أن المستفاد من قوله ﷺ « الطلاق بيد من أخذ بالساق »(١) أن الزوج هو المسلط على ايقاع الطلاق ، وعلى عدمه وهذا الحكم ، وهو سلطنته على عدم الطلاق ضررى على الزوجة فينفى بحديث - نفى الضرر - وتكون النتيجة أن الزوج لا يكون مسلطاً على عدم الطلاق ، بل يكون الطلاق لازماً عليه .

وقد يعترض أيضاً : بأن الضرر المتوجه على الزوجة لم يأت من

— غير مانع من اشتراط الخيار - كما عرفت في البيع - إلا ان فيه مانعا آخر وهو الحكم الشرعي التعبدي القاضي بان النكاح لا يدخله الفسخ والخيار إلا في موارد خاصة ، وهذا الحكم الشرعي يكون مانعا من اشتراط الخيار لأحدهما على الآخر ٠

(١) هذا الخبر نبوي وقد تعرض اليه الحجةالنوري في المستدرك باب ٣٥ وذكره صاحب الجواهر في اوائل البحث عن الطلاق عند التعرض لطلاق من بلغ عشراً ، وانه لو طلق وليه عنه لم يصح وكذلك ذكره في الحدائق في مسألة عدم طلاق الولي عن الصبي ٠ وذكره الشيخ في الخلاف في المسألة المفروضة ج ٢ ص ٢٢٣ ٠ وعندنا اخبار تدل على مضمونه واردة فيمن شرط لزوجته ان بيدها الطلاق كقوله عليه السلام « ان على الرجل النفقة وبيده الجماع والطلاق »

ناحية سلطنة الزوج على عدم الطلاق لينتفى عند حصول الضرر ، بل جاء من جهة عدم قيامه بحقوق الزوجة - لما عرفت - فى تقريب الاستدلال فى إثبات الخيار من أن سلطنته على عدم الطلاق فى حال عدم قيام الزوج بحقوق الزوجة ضرر عليها ، فتكون السلطنة منتفية .

والجواب عنه : بأن المستفاد من قوله ﷺ « الطلاق بيد من أخذ بالساق » ليس جعل السلطنة للزوج على كل من الوجود والعدم بل لا يتعدى ذلك عن كون ايجاد الطلاق من حقوق الزوج الخاصة وانه لو أوجده لكان ولا مانع له فيه حتى لو تضررت الزوجة بطلاقها منه بواسطة بعض الطوارىء ، أما عدم الطلاق فليس هو إلا أنه ليس بواجب عليه ، فتدخل المسألة حينئذ فى أنه لو كان عدم جعل الحكم موجباً للضرر يكون مفاد حديث - نفى الضرر - مشرعاً لما يكون رافعا للضرر ، ولازم ذلك انها لو تضررت من عدم الطلاق من ناحية أخرى لا من ناحية عدم قيام الزوج بحقوقها يكون الطلاق واجبا .

لذلك كان الأولى فى الجواب أن يقال :

ان حديث نفى الضرر إنما يجرى فى نفى الحكم الذى يكون بقاؤه مولداً للضرر ، بحيث كان الضرر مسببا توليديا للحكم ، أما مع فرض كون الضرر آتيا من عدم قيام الزوج بحقوقها فلا يكون مسببا إلا عن الزوج لا من الحكم الشرعى ، كما حقق فى محله ، من انه يشترط فى الأسباب التوليدية أن لا يتوسط اختيار آخر ، وحينئذ فلا مورد فيما نحن فيه لحديث (نفى الضرر والضرار) .

وربما يعترض : بأن ما ذكرتموه من اعتبار كون الضرر مسببا توليديا عن الحكم الشرعى ، وانه لو توسط فى البين ، الاختيار من المكلف

لا يكون (حديث نفى الضرر) جاريا لعدم استناد الضرر الى نفس الحكم بل الى اختيار المكلف ، فينبغى أن لا يجرى الحديث المذكور فى الوضوء أو الصوم اذا كان مضراً لأن الضرر إنما جاء من اختيار المكلف .

ويجاب عن هذا الاعتراض : بأن هذا الاختيار من المكلف - أعنى ارادته الوضوء ، أوالصوم - لما كان ناشئا عن ذلك الوجوب كان الضرر مستنداً الى الوجوب ، فكان هو الموقع للمكلف فى الضرر فكان الوجوب سببا توليديا للضرر وكان الضرر مسببا توليديا عن ذلك الوجوب ، فكان حينئذ يصح أن يقال : أن ذلك الوجوب مضر بالمكلف ، وبذلك يكون مرتفعا . وهذا بخلاف ما نحن فيه مما لا يكون الحكم الشرعى فيه الا محض عدم وجوب الطلاق عليه كى يكون الاضرار بالزوجة امتثالا له ليكون هو سببا توليديا للاضرار بها .

وعلى أى حال فان التحقيق يقتضى لنا أن نقول بامكان الاستدلال بهذا الحديث الشريف لما نحن فيه من انفتاح باب الطلاق الاجبارى أمام الحاكم الشرعى حيث يتمسك بنفى الضرار على ذلك . لأن الزوج لو لم يقم بحقوق زوجته وأمره الحاكم الشرعى بالقيام بتلك الحقوق فامتنع عن ذلك ولم يتمكن الحاكم الشرعى من اجباره ، كان اصراره على ذلك من قبيل اصرار سمرة على الدخول لبيت الانصارى ، وحينئذ يكون مضاراً للزوجة ويدخل تحت كبرى قوله - ص - لا ضرار . وينفتح بهذا باب الطلاق الاجبارى ويكون الامر دائراً بين اثنين .

إما أن يجبره الحاكم الشرعى على الطلاق ليخلى سبيل الزوجة أو يتولى الحاكم الشرعى بنفسه ذلك ويجرى الطلاق جبراً عليه لو امتنع عن فك رباط الزوجية ولم يطلقها لكونه ولى الممتنع .

الاستشهاد بسيرة السلف الصالح :

لم يقتصر الفقهاء ـ رحمهم الله ـ على إلزام الزوج بالطلاق على موارد النفقة فقط . بل تعدوا من ذلك الى كثير مما ادعيناه من توسعة الالزام المذكور الى بقية الحقوق التي هي للزوجة على زوجها .

ومن ذلك ما صرح به المحقق القمي ـ قدس سره ـ باللغة الفارسية في كتابه جامع الشتات ما ترجمته :

أن حقوق الزوجة هي : أن يؤمن الزوج نفقتها ، وكسوتها . طبقاً لما تنص عليه الشريعة المقدسة ، وأن لا يتشاكس معها بدون وجه شرعي ، وأن لا يؤذيها . ولو تخلف الزوج عن حقوق زوجته وطالبت الزوجة فلم تر نفعاً رجعت الى الحاكم الشرعي ، ويلزمه بعد ثبوت ذلك عنده ويجبره على الوفاء بحقوق زوجته ويعزره ان تخلف ، واذا لم ترض الزوجة بالبقاء على تحمل نشوز الزوج يتدخل الحاكم الشرعي ليلزم الزوج بالوفاء بالحقوق ، أو بالطلاق . وهذا الاجبار لا ينافي صحة الطلاق .

وأما صاحب الجواهر ـ رحمه الله ـ فقد ذكر في مسألة الجمع بين الأختين فيما لو اشتبه عقد المقدم منهما ما يلي :

« ولو اشتبه السابق ولم يكن ثمة ما يشخصه ـ ولو علم التاريخ بناء على الحكم بتأخر المجهول عن المعلوم ـ أقرع في وجه قوي ، وإن لم أجد من ذكره هنا ، نعم في القواعد الأقرب إلزامه بطلاقهما لأن الواجب عليه الامساك بالمعروف ، أو التسريح باحسان . ولم يتمكن من الأول فيتعين عليه الثاني ، فاذا امتنع ألزمه الحاكم به كما في كل من

وجب عليه أمر فامتنع منه وللزوم الحرج على المرأتين ، ولعل غير الأقرب احتمال العدم واحتمال فسخها وفسخ الحاكم وبطلانهما ، (١)

ومثـــل ذلك ما صرح به الفقيه الطباطبائى ـ قده ـ فى عروته حيث قال :

« لو تزوج بالأختين ولم يعلم السابق واللاحق ، فان علم تأريخ أحد العقدين حكم بصحته دون المجهول ، وإن جهل تأريخهما حرم عليه وطؤهما وكذا وطء إحداهما إلا بعد طلاقهما ، أو طلاق الزوجة الرابعة منهما ثم تزويج من شاء منهما بعقد جديد بعد خروج الاخرى عن العدة إن كان دخل بها أو بهما ، وهل يجبر على هذا الطلاق دفعاً لضرر الصبر عليهما لا يبعد ذلك لقوله تعالى : « فامساك بمعروف ، أو تسريح باحسان » وربما يقال : بعدم وجوب الطلاق عليه وعدم إجباره وأنه يعين بالقرعة ، وقد يقال : إن الحاكم يفسخ نكاحهما » (٢) .

مما تقدم عرفت أن الفقهاء ـ رحمهم الله ـ لم يقتصروا فى الاجبار على الطلاق على التقصير بالنفقة بل توسعوا فقالوا بذلك فى كثير من الموارد كما مر عليك .

وأما بيان تكليف الحاكم الشرعى بعد الرجوع اليه وعدم فائدة اجباره للزوج المقصر على الطلاق فهذا ـ كما تقدم ـ يستفاد من ولاية الحاكم الشرعى على الممتنع ، حيث يكون له اجراء مثل هذا الطلاق ولما تقدم بيانه من الأدلة التى استفاد منها شيخنا الأستاذ ـ دام ظله ـ توسعة صلاحيات الحاكم الشرعى الى مثل هذه الموارد ـ مضافا الى أنه

---

(١) الجواهر ـ كتاب النكاح ـ مسألة تحريم الجمع بين الاختين .

(٢) العروة الوثقى ـ كتاب النكاح ـ مسألة ٤٣

لا خصوصية للانفاق ليقتصر اجراء الطلاق جبراً عليه بل إن الحكم في الآية الشريفة جار في جميع حقوق الزوجية والتى منها المضاجعة والوطء بعد الأربعة أشهر ، فيدخل فيه العنين الذى وطأ امرأته مرة واحدة ثم طرأه العنن فان مثل هذه المرأة وان ورد فيها (من انها متى ابتليت فلتصبر) إلا أن المراد بذلك هو الصبر عن الفسخ . وذلك لا ينافى وجوب الطلاق على الزوج لأنه بعد فرض عدم تمكنه من الامساك بمعروف الذى هو القيام بحقوقها كاملة والتى منها الوطء فى الأربعة أشهر مرة فلا بد من أن يكون الطرف الآخر عليه واجباً عليه وهو التسريح باحسان ، وعلى فرض تخريج من ابتلى زوجها بالعنن بعد الوطء وتحكيم (انها متى ابتليت فلتصبر) فيها فان ما نحن فيه غير ذلك المورد للفرق بينهما ، فان من ابتلى زوجها بالعنن يقوم زوجها بجميع شؤن الزوجية من المضاجعة وغيرها ولكنه لا يقدر على الايلاج لما ابتلى به من مرض العنن الطارىء ، أما هذه المهجورة فقد حرمت حتى من المضاجعة وتركت الى غير مأوى ، فالفرق بينهما واضح إذاً فيدور أمر الزوج بالنسبة الى زوجته بين أمرين :

فاما القيام بالشق الأول ـ وهو الامساك بمعروف .

أو اختيار الطرف الآخر ـ وهو التسريح باحسان .

من غير فرق بين موردى الانفاق وغيره أذ لا خصوصية للاول لنوجب تقديمه على غيره وعند عدم اختيار الزوج لأحد هذين المسلكين يتدخل الحاكم الشرعى ليجرى الطلاق بنفسه ولو لاحظنا صاحب الجواهر ـ رحمه الله ـ فى موارده العديدة لما رأيناه يقف مكتوف اليد بل قد توسع ووسع سلطة الحاكم الشرعى فى موارد منها . مورد المهاياة من كتاب

القسمة من باب التجارة حيث تكون قسمة الشيء ممتنعة كالجوهرة والسيف وما شاكل فانه قال فيه بلزوم ايجار ذلك الشيء ان كانت له أجرة جمعاً بين الحقين وصوناً للمال عن التلف وجبراً للضرر وأخيراً يقول « ولعل ذلك من السياسات » اذاً فقد فتح صاحب الجواهر وكثير من الفقهاء باب البيع القهري في قبال قاعدة السلطنة على المال وبذلك يمكننا فتح باب الطلاق الاجباري في قبال قوله ﷺ : « الطلاق بيد من أخذ بالساق » في صورة هجر الزوجة وعدم قيام الزوج بكامل حقوق زوجته وليعتبر هذا من السياسات أيضاً ، وفي قضية تحريم التنباك من قبل السيد الشيرازي ـ قدس سره ـ خير شاهد على ما نقول .

مدى امكانيات الحاكم الشرعي :

ولا بد لنا من معرفة مدى امكانيات الحاكم الشرعي في سلطته بالنسبة الى اجراء الطلاق جبراً على الزوج وهل أن صلاحياته مطلقة في ذلك أو هي مقيدة بقيود خاصة والتي منها موضوع ضرب الاجل للزوج ؟ اذ لعله يثوب الى رشده فيعود الى حياته الزوجية ، وعلى تقدير الاجل فما مقداره ؟

الزوج معلوم المحل :

وفي هذه الصورة فلا بد للحاكم الشرعي من التريث وعدم التسرع باجراء الطلاق بمجرد دعوى الزوجة تقصير زوجها بالنسبة لحقوقها المفروضة عليه ، بل لابد من تبليغه بدعوى زوجته عليه ، وحينئذ فتكون هذه الدعوى كبقية الدعاوى التي تعرض عليه ، وعند حضوره

وعجزه عن ابطال دعوى زوجته لابد للحاكم من إعمال صلاحياته فى هذا المورد من اجراء الطلاق جبراً عليه ، هـذا فيما لو امتثل وحضر مجلس الدعوى وكان طرفاً آخر يفند ما تدعيه زوجته أو يعجز عن ذلك

وأما لو لم يحضر فلا بد من ضرب الأجل له ، وليس لذلك أمد معـين بل هو موكول الى نظر الحاكم الشرعى فهو الذى يقــدر ذلك ويلاحظ ظروف القضية آخذاً بعين الاعتبار ظروف كل من الزوجين .

لو كان الزوج مجهول المحل :

أما لو انقطعت أخبار الزوج وجهل محله فيدخل هذا تحت عنوان المفقود ، فيشمله أخباره التى تصرح بالانتظار لمدة أربع سنين كما مر فيما تقدم من صحيح الحلبي فى قوله عليه السلام : « المفقود اذا مضى له أربع سنين » .

وفى خبر أبى الصباح « فى امرأه غاب عنها زوجها أربع سنين » وهكذا الحال فى بقية الأخبار المتعرضة لحكم المفقود ، وبناء على ذلك فيكون الانتظار ضمن هذه المدة من الأحكام التعبدية فى خصوص الغائب الذى لم يعثر عليه .

طرق التبليغ الحديثة :

والآن وحيث عرفنا أن الزوج لابد من تبليغه وإحضاره ليدافع عن نفسه ، فهل تكفى الطرق الحديثة فى التبليغ كالاذاعة والصحف والمجلات وما شاكلها لايصال الخبر اليـه أو لا يكفى ذلك ، بل لابد من تحرير الرسائل اليه ، أو إرسال شخص يقابله فيبلغه بالخبر ما دام أنه

معروفا محل الاقامة والعنوان .

ولا يرى شيخنا الأستاذ - دام ظـــله - فرقاً بين كيفية الفحص وطرق الايصال وبين ضرب الأجل فكلاهما موكول الى الحاكم الشرعى لاختلاف الغائبين فى نظره من جهة وصول التبليغ اليهم ، فرب شخص له مركزيته المرموقة وهو ممن يتصدى لاستماع الأخبار ومطالعة الصحف اليومية ، وهكذا المجلات لذلك يكون التبليغ بواسطة هذه الطرق الحديثة كافياً ، ورب شخص نراه بعيداً عن هذه العوالم ، ولذلك فلا بد من تحرير الرسائل اليه ، أو ارسال شخص يتكفل بايصال الخبر اليه ، وحينئذ فلا تنفع هذه الطرق الحديثة بالنسبة الى هذا الشخص ، إذاً فالموضوع موكول الى الحاكم الشرعى من حيث تقدير الظروف التى تخص الزوج فى مثل هذه المقامات .

هذا كله فى النقطة الأولى من الآثار المترتبة على تخلف الزوج . وقد عرفت أن شيخنا - دام ظله - فسح المجال أمام الحاكم الشرعى لاجراء الطلاق جبراً على الزوج .

ولـكن الزوجة لو لم ترغب فى هذا الاجراء بأن قبلت البقاء مع ذلك الزوج على مثل هذه الحالة فهل لها فى الاخلال بحقوقه عليها مقابلة له بالمثل كالسفر بدون إذنه أو الخروج من داره بدون رخصة منه أو عدم مطاوعته فى تلبية شيء مما يفرضه عليها وما شاكل ذلك مما يعتبر خرقاً منها لحقوقه عليها ؟

ولم يجد شيخنا الأستاذ - دام ظله - من تعرض لهذه الجهة بالصراحة وكان الأنسب ذكرهـا فى نشوز الزوج إلا انهـم اقتصروا على مجرد ذكر ما لو نشر الزوج فليس لها هجره ولا ضربه كما كان الحال على

العكس لو نشزت هى .

نعم فى الجواهر ذكر - رحمه الله - فى باب النفقة عند تعرضه لبيان أن تمكين الزوجة شرط فيها أو أن النشوز مانع منها تعرض لمثل هذا فقال : « بل ربما يشم قوله تعالى : « الرجال قوامون على النساء » ما يشبه معاوضة الاستمتاع بالانفاق على نحو ما ورد من الانفاق على الدابة عوض ما يستوفيه من منافع ظهرها كما أنه يشم من نصوص بيان حق كل منهما على الآخر مقابلة كل منهما لصاحبه » - انتهى - .

وعليه فلو كان هناك ما يشبه المعاوضة بين الاستمتاع والانفاق فحينئذ يفهم منه أنه لو تخلف عن تأدية حقوقها عليه كان لها التخلف عن تأدية حقوقه عليها للمقابلة المذكورة .

إلا أن الصحيح أن قوله تعالى : « الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم » (١) .

لا صراحة فيه على أن ما يقابل الاستمتاع هو بذل النفقة بل لعل المراد منه هو المهر الذى بذله الزوج لزوجته لكن فى آيات الاحكام للجزائرى ذكر رواية تدل على أنه المهر ، وأخرى تدل على أنه النفقة وليس ببعيد أن يكون المراد هو الأعم ، إلا أن الأعمية لا تدل على المعاوضة وأن بذل المال عوض القوامية بل لا يبعد القول بكونه أعنى بذل المال حكمة فى القوامية والولاية لا علة .

وأما أخبار الحقوق والتى تفيد المقابلة بين الحقين كما يدعيه فليس فيها ما يدل على ذلك على وجه لو أخل أحدهما كان للآخر الاخلال بحقوق صاحبه .

(١) سورة النساء ٣٣

ولكن يمكن القول بأن استفادة العلية القاضية بالمقابلة الموجبة لسقوط عقد عند عدم قيامه ببذل النفقة غير بعيدة ، إلا أنها إنما تؤثر فى ناحية الاستمتاع والتمكين دون القوامية التى هى من سنخ الولاية الموجبة لعدم جواز خروجها بلا إذن منه فلا يكون بذل النفقة إلا من قبيل الحكمة فى جعل هذه الولاية لأن الولاية حكم شرعى غير قابل للمعاوضة .

اذاً فتبين أن الآية الشريفة والمصرحة بالقوامية لادلالة فيها على كون القوامية بعوض المال المبذول من قبل الزوج نفقة كان أو مهراً بل أقصى ما فيها هو أن الشارع المقدس جعل سلطة الزوج على زوجته وحكمة هذا الجعل والتشريع لا علته هو أنه قد بذل المال ، ومن المعلوم أن الحكمة لا تكون موجبة لتقييد السلطنة بالبذل المذكور ، بل هى سنخ ولاية خاصة عليها ، وحتى لو قلنا بثبوت المعاوضة كما يقوله فى الجواهر لما كان ذلك دالا على أنه اذا قصر فى نفقتها أو فى أداء مهرها فلها الامتناع من التمكين فى الاستمتاع أو الوطء ، وعليه فلا حق للزوجة فى تقصيرها بحقوقه اذا قصر بحقوقها بل يجب على كلا الطرفين القيام بوظيفته التى قررها الشارع المقدس عليه .

الشوارع المفتوحة من قبل الدولة

موضوع البحث ، الأرض المفتوحة عنوة ، العامر من الأرض ، تعقيب ، الخلاصة ، معاملة الامام او الفقيه للناس في هذه الأراضي ، التصرفات الناقلة ، الأنفال ، خلاصة شاملة وعود الى الموضوع الأصلي ، الوجوه المذكورة لتصحيح العبور ، المساجد الواقعة في الشوارع ، ماهي المسجدية ، الفرق بين المساجد والوقف على المسلمين البيع والكنائس وما يتبعها ، البيع والكنائس بعد الاسلام ، مقابر المسلمين الواقعة في الشوارع .

موضوع البحث :

وينحصر فيما تستملكه الحكومة جبراً من الدور والمحلات العائدة لأصحابها وتهدمها لتجعلها شوارع لعبور الناس ومرورهم .

وعليه فما يكون حال هذا العبور فى مثل هذه الشوارع المستحدثة وكذا بقية الانتفاعات الممكنة من فضلات الدور أو الحوانيت التى استملكت لهذا الغرض .

وبما أن لبحثنا هذا الصلة القوية بالبحث عن حقيقة الأرض من حيث كونها من الأراضى الخراجية المفتوحة عنوة أو من الأنفال ، فلا بد ـ والحالة هذه ـ من التطرق ، وعلى سبيل التمهيد عن حال هذه الأراضى لنعرف الحكم فى عامة الانتفاعات من موضوعنا الأصلى وهو الشوارع المستحدثة من قبل الدولة .

الارض المفتوحة عنوة :

وهى الاراضى التى فتحها الجيش الاسلامى وقد عرفت فى بلغة الفقيه بمايلى : (وهى المأخوذة بالقهر والغلبة المستلزمة للذل والخضوع ومنه قوله تعالى : وعنت الوجوه للحى القيوم) (١) .

وبطبيعة الحال أن ما فتحه الجيش الاسلامى ينقسم الى قسمين :

قسم منه يكون عامراً يوم الفتح .

والقسم الآخر يكون خراباً .

أما القسم الثانى فهذا يدخل فيما عدى العامر من المفتوح عنوة مما يشمله عنوان الانفال ، وسيأتى البحث عنه .

---

(١) بلغة الفقيه للمرحوم الحجة السيد محمد بحر العلوم ص ٤٧

وأما ما كان عامراً منها :

فقد اختار السيد ـ رحمه الله ـ فى بلغته بأنها ملك للمسلمين قاطبة ولمن يدخل فى الاسلام ولمن يوجد بعد ذلك بالسوية من غير تفاضل بينهم فضلا عن التخصيص بمن قاتل منهم وعلى هذا جرى غير واحد من فقهائنا ـ رحمهم الله ـ .

ومن اختار هذا الرأى فقد استدل عليه بأمرين :

الاول ـ الاجماع .

الثانى ـ الاخبار .

أما الاخبار ، فهى كما يلى :

١ ـ صحيحة الحلبى عن أبى عبد الله عليه السلام : « قال : سئل أبو عبد الله عليه السلام عن السواد ما منزلته ؟ فقال هو لجميع المسلمين لمن هو اليوم ولمن يدخل فى الاسلام بعد اليوم ولمن لم يخلق بعد ، فقلنا الشراء من الدهاقين قال : لا يصلح إلا أن يشترى منهم على أن يجعلها للمسلمين فان شاء ولى الامر أن يأخذها أخذها . قلنا : فان أخذها منه ؟ قال يرد اليه رأس ماله وله ما أكل من غلتها بما عمل » (١)

٢ ـ صحيحة ابن ربيع الشامى : « لا تشتروا من أرض السواد شيئاً ـ الى أن قال ـ : فانما هو فىء للمسلمين » (٢)

٣ ـ خبر محمد بن شريح : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن شراء الارض من أرض الخراج فكرهه وقال : إنما أرض الخراج للمسلمين فقالوا له فانه يشتريها الرجل وعليه خراجها فقال لابأس إلا أن يستحى

(١) الوسائل الباب ٢١ من ابواب التجارة حديث ٤

(٢) نفس المصدر حديث ٥

من عيب ذلك » (١)

ولا يخفى أن وجه الاستحياء هو التكفل بالخراج كما يفعله أهل الذمة .

٤ ـ صحيحة صفوان بن يحيى عن أبي بردة بن رجا « قال : قلت لابى عبد الله عليه السلام : كيف ترى فى شراء أرض الخراج ؟ قال : ومن يبيع ذلك وهى أرض للمسلمين ؟ قال : قلت : يبيعها الذى هى فى يده قال : ويصنع بخراج المسلمين ماذا ، ثم قال : لا بأس أن يشترى حقه منها ويحول حق المسلمين عليه ولعله يكون أقوى عليها واملأ بخراجهم منه » (٢) .

٥ ـ مرسلة حماد الطويلة عن أبى الحسن الاول عليه السلام « الارضون التى أخذت عنوة بخيل أو ركاب فهى موقوفة متروكة فى يد من يعمرها ويحييها ويقوم عليها على مصالحهم الوالى على قدر طاقتهم من الخراج النصف أو الثلث أو الثلثان على قدر ما يكون لهم صلاحاً ولا يضرهم فاذا خرج منها نماتها فأخرج منه العشر من الجميع فيما سقت السماء أو سقى سيحاً ونصف العشر فيما سقى بالدوالى والنواضح فأخذه الوالى فوجهه فى الوجه الذى وجهه الله له على ثمانية أسهم يقسم بينهم فى مواضعهم بقدر ما يستغنون فى سنتهم بلا ضيق ولا تقتير فان فضل شىء فى ذلك رد الى الوالى وان نقص شىء من ذلك ولم يكتفوا به كان على الوالى أن يمونهم من عنده بقدر سعتهم حتى يستغنوا ، ويأخذ بعدما يبقى من العشر فيقسمه بين الوالى وشركائه الذين هم عمال الأرض وأكرتها فيدفع اليهم أنصبائهم على ما صالحهم عليه ، ويأخذ الباقى فيكون بعد ذلك أرزاق

(١) الوسائل الباب ٢١ من ابواب التجارة حديث ٩

(٢) الوسائل الباب ٧١ من ابواب الجهاد حديث ١

أعوانه على دين الله وفى مصلحة ما ينويه من تقوية الاسلام وتقوية الدين وفى وجوه الجهاد وغير ذلك مما فيه مصلحة العامة ، وليس لنفسه من ذلك القليل والكثير » (١)

وأخيراً عقب السيد - رحمه الله - فى بلغته بعد هذه الأخبار بقوله :

« والظاهر أنها لهم على جهة الملكية كما عن صريح بعض لمكان اللام والاضافة الظاهرين فيها لا على وجه الاختصاص » (٢)

إذاً فعلى هذا الرأى تكون الأراضى العامرة يوم الفتح ملكا للمسلمين الموجودين فى ذلك الوقت ولمن يدخل ويوجد بعد ذلك بالسوية من غير تخصيص بمن شهد القتال أو لم يقاتل معهم .

ولكن شيخنا الأستاذ - دام ظله - لم يوافق هؤلاء فى ما ذهبوا اليه من الملكية الصرفة لذلك ناقش الأخبار المتقدمة بأنها وان اشتملت على ما يكون فى حد نفسه للملك والاختصاص كما فى التعبير عن ذلك (باللام) أو الاضافة الى المسلمين إلا أن ما جاء فى مرسلة حماد الطويلة المارة الذكر لا يساعد على ذلك لقوله ﷺ فيها - فهى موقوفة متروكة فى يد من يعمرها -

وعلينا ملاحظة هذه الرواية من جهات ثلاث للاستدلال بها على ما نريد من عدم الملكية الصرفة للمسلمين :

الأول - ما تفيده الرواية وما تدل عليه .

الثانى - إرسال الرواية .

الثالث - معارضتها للاخبار المصرحة بالملكية للمسلمين .

---

(١) الوسائل الباب ٤١ من ابواب الجهاد حديث ٢

(٢) بلغة الفقيه ص ٤٧

إما دلالتها - فان من التعبير السابق نتمكن أن نستفيد أن المسألة ليست من باب الملكية الصرفة ولا من باب الاختصاص بل ولا من باب الوقف المصطلح الشرعى ، بل أن الامر على خلاف هذه الامور وليس فى البين إلا أن هذه الارض تبقى على حالها ويكون ريعها للمسلمين . أما نفس الرقبة فيمكننا القول بأنها ليست بوقف ولا ملك ولا غيرهما بل لا يكون حالها إلا كحال الاعيان الشخصية كالدار اذا كان الميت قد أوصى بانحصار ثلثه فيها وابقائها ليصرف واردها فى جهات قد عينها ، غير أن مثل هذه الأرض والدار نقول انها باقية على ملك الميت . والاراضى الخراجية لما خرجت بالفتح عن ملك أربابها كانت باقية بحالها بلا مالك . ولا ضير فى بقاء العين اذا كانت منافعها ترجع الى أناس معينين وذلك هو المتحصل من مجموع الاخبار الواردة والسيرة على التصرفات فى الارض من الخلفاء الذين أجرى أئمتنا عليهم السلام الامور على طبق جملة من تصرفاتهم فيها وهناك رأى لشيخنا الاستاذ - دام ظله - بأن مثل هذه الاراضى تكون مملوكة للجهة المذكورة وهى الجهة الاسلامية بناء على ما حرره فى ملكية الجهات الخيرية للاعيان الراجعة اليها .

واما إرسال الرواية - فلم يرى شيخنا - دام ظله - بأساً فى ذلك وتعبيرهم بمرسله لأن عمل الاصحاب بها يكون جابراً لها ولا يكون الارسال المذكور موجباً لتوهينها والى ذلك أشار السيد فى بلغته بقوله : (وهى وان كانت مرسلة إلا أن الأصحاب تلقوها بالقبول فهى منجبرة)

وأما معارضتها مع بقية الأخبار - والتى تصرح بأن الأرض ملك للمسلمين كما صرحت به الأخبار المذكورة فالصحيح عدم المعارضة .

ويوجه شيخنا عدم المعارضة : بأن المقصود من ملكية المسلمين فى لسان الروايات الشريفة هو ما بينه من بقاء الأرض على حالها وأن ريعها للمسلمين لا أن رقبة الأرض تعود لهم على نحو الاشاعة بينهم ما كان منهم موجوداً ومعدوما فان ذلك لو سلمنا معقوليته بالنسبة الى الطبقات المعدومة فعلا حيث تأتى ، ولو بعد آلاف السنين ، إلا أنا لا نتمكن من الالتزام به من لزوم الاشاعة بينهم القاضى بكون المنافع كذلك بأن تكون المنافع مشاعة بين قاطبة المسلمين كنفس الرقبة وهكذا الحال فى دعوى كونها موقوفة على المسلمين بالمعنى الاصطلاحى للوقف.

والآن ، وبعد أن عرفت معنى الملكية للمسلمين بالنسبة الى هذه الأراضى المفتوحة أو للجهة الاسلامية ـ كما بيناه ـ فلا بد من النظر الى التصرفات التى تطرأ من المسلمين أنفسهم على رقبة الأرض بعد أن كان الجميع مشتركين فيها وأن الجهة هى المسؤلة عن ذلك أما ما يرجع الى :

التصرفات غير الناقلة :

كالبناء والزرع وشق الانهار وتعميرها وما شاكل ذلك مما لا يكون محققاً للنقل والانتقال فالصحيح أنه لا يجوز إلا باذن من له الاذن فى أمثال ذلك ومن البين انه هو الامام عليه السلام فى زمن الحضور والفقيه الجامع للشرائط فى زمن الغيبة كما سيتضح ذلك انشاء الله . وأما :

التصرفات الناقلة :

كالبيع وما شاكله مما يكون محققاً للنقل والانتقال فقد اختار السيد فى بلغته المنع منه إلا اذا كانت هناك آثار قد أحدثها من بيده الارض

من بناء أو غرس أو شبهها وحينئذ فيتوقف البيع على تحقيق جهة واحدة وهي أن مالك الآثار يكون مالكا لنفس الارض بالتبع أو لا ؟

فان قلنا بالملكية التبعية صح البيع ممن بيده الارض .

وأما لو لم نقـــل بالملكية التبعية فلا بد من التوقف في ذلك والاقتصار على النوع الاول من التصرفات وهي التصرفات غير الناقلة .

أما من قال بالملكية التبعية : فقد استدل على ذلك بدليلين :

الاول ـ أن القول بالملكية التبعية هو مقتضى الجمع بين الاخبار حيث دلت طائفة على المنع من البيع ، بينما دلت الاخرى على الجواز والجمع بين هاتين الطائفتين يقتضي حمل الاخبار المانعة على البيع المجرد عن الآثار أما الاخبار المجوزة فتحمل على البيع تبعا للآثار .

الدليل الثاني ـ السيرة العقلائية القائمة بين الناس على البيع والشراء ووقفها مساجد ومدارس وما شاكل وما ذلك إلا لان الارض تكون مملوكة لمن أحدث فيها آثاراً .

ولكن السيد بحر العلوم ـ قدس سره ـ أشكل على هذا الدليل في بلغته بأن السيرة العقلائية على عهدة مدعيها ـ أولا ـ سيما في غير الدور والعقارات كالمزارع ونحوها وثانياً ـ أن السيرة المذكورة لاتفيد أكثر من حق الاختصاص والأولوية بالتصرف في الأرض لمن له الآثار فيها فاذا بيعت الآثار المملوكة لبايعها لحق المشتري ماكان للبائع في نفس الأرض من حق الاختصاص والأحقية بالتصرف ولأجل هذه النقطة الدقيقة نرى السيد ـ رحمه الله ـ استشكل في الأوقاف العامة كالمدارس والمساجد لأن الغرض الأصلي من وقفيتها متعلق بالأرض ولذا ذكر أن ما ينقذنا من هذا الاشكال المذكور أحد أمرين : فأما أن يقال ببقاء

الملكية التبعية بعد زوال الآثار ، وحينئذ فيصح القول ببقاء ذلك على مسجديته ووقفيته . وأما بناء على زوالها بزوال الآثار حيث لابد من رجوعها بعد زوال الآثار الى ملكية المسلمين العامة فيوجه ذلك على أحد طرق ثلاثة بينها السيد فى بلغته ص ٥٩

الأول - أن المساجد والأوقاف الموجودة فى الأراضى المفتوحة عنوة مما يشك بالخصوص أن أراضيها كانت عامرة عند الفتح حتى يملكها المسلمون والأصل يقتضى عدمه .

ويرد على هذا الوجه - أن الشك المذكور لا يدفع الاشكال فيما علمنا أنه كان عامراً يوم الفتح من المساجد والأوقاف .

الوجه الثانى - أن اليد النوعية - كاليد الشخصية فيكون عنوان المسجدية - مخرجاً للارض عن ملكية المسلمين العامة كما اذا رأينا شخصاً بيده أرض خراجية مما يعلم كونها عامرة يوم الفتح وكان قد تصرف فيها تصرف الملاكين بأملاكهم فان يده تكون إمارة على الملكية له وإن لم يعلم السبب فى كيفية ملكه لها .

والرد على هذا الوجه - أن ذلك يتم فيما لو فتحنا الطريق لتملك الأرض الخراجية التى كانت عامرة حين الفتح ولم يبين ذلك فيما ذكره .

الوجه الثالث - أن هذه الأرض لو كانت من العامر حين الفتح فهذا الشخص يملكها ولكنه لادائماً بل اذا زالت آثارها منها خرجت عن ملكه . وأما لو كانت مواتاً حين الفتح فهو قد ملكها بالاحياء ولا تزول ملكيته بزوال الآثار والآن وحيث ذهبت الآثار نشك فى بقاء الملكية فنستصحب الملكية المرددة بين الملكيتين فيثبت انه الآن ملك ولو زالت آثاره عنه .

وقد أشكل السيد نفسه على هذا الوجه الثالث :

بأنه موقوف على امكان تملك الأرض الخراجية ولو تبعاً ، مع أنه لم تثبت الملكية حتى التبعية وأقصى ما فى البين أنه على تقدير كونها عامرة حين الفتح يكون لمن هى بيده حق الاختصاص فى تلك الأرض لا الملكية حيث قال : « إن هذا الوجه الأخير لا يتم على ما اخترناه من عدم ثبوت غير حق الاختصاص » .

وأشكل شيخنا ـ دام ظله ـ على هذا الوجه أيضاً :

بأنه لو تم لكان استصحاب الملكية من قبيل استصحاب الكلى المردد بين مقطوع البقاء والارتفاع وهو ليس بحجة كما تعرض اليه شيخنا فى مباحث الاستصحاب (١)

---

(١) الاستصحاب : مأخوذ من المصاحبة لغة .

وقد عرفه الاصوليون بتعاريف عديدة لعلها ترجع وترمز الى معنى واحد وهو ابقاء ما كان ـ كما صرح به الشيخ الأنصاري رحمه الله ـ او هو الحكم ببقاء حكم او موضوع ذي حكم شك فى بقائه .

وحجية الاستصحاب ثابتة من العقل والنقل في الجملة .

وقد قسم الى تقسيمات عديدة : منها ـ تقسيم المستصحب الى كلي وشخصي وتفصيل ذلك ان المتيقن تارة ـ يكون الشك في بقائه من جهة حصول الشك في بقاء ذلك الفرد ومثال ذلك ما لو علمنا بوجود زيد في هذه الدار صباحا وفي المساء حصل لنا الشك في بقائه وعدمه وفي هذه الصورة يجري الاستصحاب للكلي وهو كلي الانسان الذي كان موجودا فى ضمن زيد كما يجري استصحاب نفس الفرد الذي هو زيد فلك ان ترتب آثار الكلي وهو الانسان او آثار الفرد وهو زيد .

وثانية ـ يكون الشك فى تعيين ذلك الفرد لتردده بين فردين • احدهما ـــ

. . . .

مقطوع البقاء والثاني مقطوع الارتفاع ويمثل لذلك بالحشرة الصغيرة التي لا طاقة لها على البقاء لأيام عديدة وبالحيوان الكبير ـ كالفيل ـ مثلا حيث يتحمل البقاء لأيام عديدة فى محل خال من معدات الحياة .

فبعد مضي الأيام لو حصل لنا الشك فى البقاء لما امكننا استصحاب الفرد لعدم القطع بما كان لنستصحب بقائه او عدمه فلوكان الحيوان الكبير لاستصحبنا بقاءه ولو كان الموجود سابقاً هو الحشرة الصغيرة لقطعنا بعدم بقائه .

اما استصحاب الكلي وهو كلي الحيوان لو كانت هناك آثار خاصة تترتب عليه فقد وقع الخلاف فيه فالبعض من العلماء اجازه بينما منعه آخرون .

وثالثة ـ يكون الشك من جهة الشك فى قيام فرد آخر مقام ما كان موجود سابقاً مع القطع بارتفاع ذلك الوجود السابق وهذا ـ كما فى المثال المتقدم ـ بعد العلم بموت الحيوان الصغير ولكنا نشك انه عند موته هل حصل بمكانه الحيوان الكبير او لا ؟

وفى هذه الصورة لا يجوز استصحاب كلي الحيوان ولا الفرد الخاص من الحيوان الصغير او الكبير . اما الفرد فللقطع بارتفاع الأول والشك في حدوث الثاني ومنه يظهر عدم جواز استصحاب الكلي لأن الكلي قد ارتفع يقينا بارتفاع الفرد الاول ويشك فى حدوثه فى ضمن الفرد الثاني فلا مورد لاستصحابه . وما نحن فيه — من قبيل القسم الثاني . وذلك لأن هذه الارض التي تحت يد هذا الشخص إن كانت عامرة حين الفتح كان مالكا لها ، تبعا لملكيته للآثار التي احدثها فاذا زالت الآثار زالت الملكية . وان كانت خرابا حين الفتح وقد احياها هذاالذي تكون بيده فهى من الانفال وهى تملك بالاحياء فتكون الملكية على هذا مرددة بين مقطوع البقاء — لو كانت الارض مواتا وقد احياها — او مقطوع الارتفاع — لوكانت الارض عامرة على التبعية — ولذلك لم يجز الاستصحاب كما تقدم بيانه

تعقيب :

لا يخفى أن القول بالملكية التبعية متفرع ـ على ما ذكره السيد فى البلغة ـ فى الجهة الأولى وهى عدم جواز التصرف فى هذه الأرض من العمارة ونحوها من البناء والمغروسات إلا بالاذن فان لازم الاذن فى تعمير هذه العرصة داراً هو كون المعمر مالكا لنفس الأرض عندما يحدث التعمير فيها وفى الحقيقة يكون الاذن بتعميرها داراً منحلا الى تملكها بالعمارة فيها فاذا ملك نفس العين بما لها من الآثار ولو تبعاً صح له بيعها ويكون الحاصل أن الاذن بالعمارة ذات الأعيان عبارة أخرى عن الاذن بالتملك ولو تبعاً لآثاره التى أحدثها فيها من البناء والمغروسات وحينئذ يكون مالكا للعين فيصح له البيع . نعم الاذن فى تعمير هذه الأرض بجعلها صالحة للزراعة مثلا بحرثها وكرى أنهارها لا تكون لازمة الاذن فى الملك لأن هذا النحو من العمارة ليس من الاعيان المملوكة كى تكون الارض تابعة له فى الملكية .

هذا تمام البحث فى الاراضى العامرة يوم الفتح .

وأما ما كان من الاراضى خراباً يوم الفتح وقد فتح عنوة فسيأتى البحث عنه كاملا عند التعرض لحال الانفال وان مرجع ذلك كله الى الامام عليه السلام .

الخلاصـــة :

أن هذه الارض العامرة يوم الفتح يكون مرجعها الى الامام من جهة التصرف بها سواء قلنا بأنها ملك للمسلمين أو انها وقف عليهم

أو اعتبرناها ملكا للجهة الاسلامية فان ولاية التصرف فى جميع ذلك تكون الى الامام عليه السلام فى زمن الحضور والى الفقيه الجامع للشرائط فى زمن الغيبة .

معاملة الامام أو الفقيه للناس فى هذه الاراضى :

ويكون هذا السؤال نتيجة ذكر الخلاصة المتقدمة فكيف تكون معاملة الامام أو نائبه للناس فى هذه الاراضى التى استولى عليها ومقتضى القاعدة الاولية هو أن يعامل الامام عليه السلام من يعمل فى هذه الارض معاملة الملاك مع فلاحيهم ، ولنأخذ على سبيل المثال الارض الزراعية موضوعاً لبحثنا فنقول : إن الامام يكون حكمه حكم المالك لهذه الارض وهو بدوره يقوم بمزارعة الشخص الذى أقدم على هذه الارض فيزارعه على حصة خاصة كما تضمنته مرسلة حماد المتقدمة فى قوله عليه السلام :

« ويأخذ ما يبقى من العشر فيقسمه بين الوالى وشركائه الذين هم عمال الارض واكرتها فيدفع اليهم أنصباءهم على ما صالحهم عليه ويأخذ الباقى فيكون أرزاق أعوانه على دين الله وفى مصلحة ما ينوبه من تقوية الاسلام الى آخر المرسلة » .

ومثل هذا ما جاء فى صحيحة البزنطى من قوله عليه السلام :

« وما أخـــذ بالسيف فذلك للامام يقبله بالذى يرى كما صنع رسول الله صلى الله عليه وآله بخيبر قبل أرضها ونخلها » الحديث .

إذاً فالموضوع يناط الى نظر الامام فى زمان حضوره والى الفقيه فى زمان غيبته فهو الذى يتعاقد مع الشخص تبعا للمصلحة إلا أن هناك طريقـة أخرى جرى عليها المتغلبون فأخذوا يقدرون مقـداراً

معينا أطلقوا عليه اسم (الخراج) فيأخذوا ذلك ويكون الباقى لمن بيده الارض وقد أمضى أئمتنا (ع) ذلك .

ولكن هذا الامضاء لايتعدى كونه تقية أو محافظة على كيان الاسلام أو لاجل التسهيل على شيعتهم أو غير هذا وذاك .

وليس الكلام فى هذه الخصوصيات فقد مضى الامس بما فيه وعلينا ملاحظة الحال فعلا لتصحيح أعمالنا وتعيين تكليفنا اليوم ونحن فى غير زمان الحضور .

وحيث كان المرجع فى هذا الزمان هو الفقيه الجامع للشرائط فلا بد من مراجعته لانه ولى التصرفات فى مثل هذه الامور ولا بد لمن بيده أرض ولم يكن بمالك لها بل استولى عليها جديداً بواسطة الحكومات السابقة أو الجديدة من مراجعة الفقيه ليرى تكليفه فى تلك الارض .

هذا كله فى التصرفات غير الناقلة كالزرع وكرى الانهار وكلما يعود الى تلك الارض من التعمير والانشاء .

التصرفات الناقلة :

كالبيع وما شاكله فقد أجازه بعضهم ، قال فى بلغة الفقيه فى هذا الصدد : « القول بجواز بيعها مطلقا عن ظاهر السبزوارى فى الكفاية وعن ظاهر مفتاح الكرامة » (١)

وقال فى الجهاد من الكفاية فى الامر السابع قبل قوله القسم الثانى من الارضين : « السابع قال فى المبسوط : لا يصح بيع شىء من هذه الارضين » ثم أطال الكلام الى أن قال :

(١) بلغة الفقيه ص ٥٧

« والاقرب القول بالجواز ثم استدل له بالعمل المستمر من المسلمين من غير نكير وبالاخبار الخاصة منها صحيحة الحلبي وغيرها .

وقال فى مفتاح الكرامة (١) :

« الظاهر جواز التصرف فى أرض الخراج بالبنـــاء والغرس والمساجد وجواز بيعها تبعا للآثار بل الظاهر جوازه فى رقبتها كما فى ظاهر الدروس وجامع المقاصد أو صريحها » .

وقيـل بجواز بيعها فى خصوص زمان الغيبة ونسب الى الدروس واستظهر منه فى مفتاح الكرامة جواز بيعها مجردة عن الآثار . وقيل بجواز بيعها تبعا للاثار مع بقاء الملكية بعد زوال الآثار ونقله السيد فى البلغة عن المستند فراجع .

وعلى كل حال فالذى ينبغى أن يقال هو أنه لو وجد مجتهد يقول بجواز البيع فعلى من بيده الارض منا المقلد لذلك المجتهد العمل بما يفتيه فيها حتى لو رأى أن يبيعها منه كان له ذلك وإن لم يجزه المجتهد الآخر.

إلا أننا نتمكن أن نقول إن اللازم يحتم على ذلك المجتهد الآخر الذى لا يرى جواز البيع فى مثل هذه الاراضى إمضاء ما صنعه غـيره من البيع لأنه عمل صادر من مجتهد فلا بد من إمضائه لأنه من سنخ الاحكام الواجب إمضاؤها لا من مجرد الفتوى ليكون بامكان المجتهد الآخر التخلف عن المتابعة فى الفتوى من حيث الامضاء بل هو كما قلنا عمل صادر من مجتهد وهو من سنخ الاحكام التى لابد فيها من المتابعة لان الراد عليه راد على الله . وحينئذ فيكون هذا البيع والجرى على طبقه أحد الطرق لتحكيم قاعـدة اليد فى إمارية الملكية ويحكم بمقتضاها

(١) مفتاح الكرامة للسيد محمد جواد العاملي كتاب التجارة ص ٣٤٣

أن الارض مملوكة لصاحب اليد فمن كانت فى يده أرض مما هو مفتوح عنوة وكانت من قسم العامر يوم الفتح أمكننا الحكم بمقتضى يده بأنها ملك له لاحتمال كون هذه اليد منتقلة اليه ولو بوسائط عن شخص اشتراها عن مجتهد فى ذلك العصر بحيث كان ذلك المجتهد السابق قائلا بجواز بيع مثل هذه الارض الخراجية فانا وان خالفناه فى الفتوى لكنه لو صدر منه حكم على طبق فتواه لم يجز لنا نقض ذلك الحكم وكما لا يجوز لنا نقض حكمه لا يجوز لنا نقض ما صدر منه من البيع ونحوه فان نقض ذلك البيع وافتاءنا بفساده يكون داخلا فى الرد عليه إذ ليس ذلك البيع من قبيل الفتوى بجواز البيع لنقول ان فتوانا على خلاف فتواه فلا مانع من النقض بل هو عمل خارجى فلا بد من إمضائه وهذا نظير مالو أوقع ذلك المجتهد قسمة ميراث على طبق فتواه أو حكم فى مقام المنازعة فى الشبهة الحكمية على طبق فتواه فانا لايجوز لنا نقض ذلك الحكم إلا اذا علمنا علماً وجدانياً قطعياً على خلاف مستنده فى ذلك الحكم أو فى ذلك العمل .

وربما يقال : إن إلحاق العمل بالحكم فى عدم جواز نقضه ، وإن سلمنا به إلا أن أقصى ما فى البين هو تحريم نقض عمل الغير والاجهار بذلك . أما لزوم ترتيب ذلك الأثر من المجتهد الآخر على وجه يصح له شراء تلك الأرض ممن اشتراها من ذلك المجتهد الذى يقول بصحة البيع فهو محل تأمل .

ومن هذا العرض الذى بيناه عرفنا طريقاً لتحكيم قاعدة اليد فى الامارية على الملكية ، وهو يشمل مطلق الأرض المعمورة فى حال الفتح زراعية كانت أو غير زراعية .

وهناك طريق آخر يختص بغير الأراضى الزراعية من الدور والخانات الحادثة بعد الفتح ، بل حتى ما يكون موجوداً حين الفتح فلا يبعد القول بصحة بيعها استناداً الى السيرة على تملكها دوراً وحوانيت وخانات ووقفها للذرية ومساجد ومدارس وما شاكل ذلك ، وهذه السيرة متصلة بزمن المعصومين عليهم السلام ويستظهر شيخنا ـ دام ظله ـ امضاء هذه السيرة من قبلهم كما نشاهد ذلك فى معاملاتهم ، ومعاملات غيرهم من أصحابهم فى هذه البلدان كبغداد والكوفة وسامراء بل والبصرة والشام وغيرها من البلدان حيث كان أصحابها يسكنونها من دون ردع من الأئمة عليهم السلام على تلك التملكات ، ولا على هاتيك المساجد والأوقاف بل وربما باشروها ـ صلوات الله عليهم ـ وسكنوها أيضاً من غير فرق فى احداث البناء بين أن يكون محدث الدار قد اشترى عرصتها ، أويكون من مجرد الاذن فى بنائها داراً ، والذى بينا أنه ينحل الى الاذن بالتملك إذ لو بقيت الارض على حالها من كونها خراجية لكان اللازم ضرب ضريبة سنوية على معمرها ليكون ذلك من قبيل الاجارة ، ولما لم يضربوا هذه الضريبة دل على انهم ملكوا البانى المعمر لها على حد إذنهم فى تعمير الأرض المباحة ، وعليه فلو صححنا هذا البيع وهذا الاذن ولو من مجرد السكوت وعدم الردع منهم عليهم السلام صح تملك البانى لتلك العرصة .

هذا كله فيما علمناه من أنه قد بنى فى الأرض العامرة حين الفتح وأما لو لم يكن عامراً حين الفتح ، بل كان من الموات فلا إشكال فى كون مالك البناء مالكا للعرصة لكونه قد ملكها بالاحياء على ما هو مفصل فى كيفية الاحياء .

هذا كله فيما بنى فى زمن الأئمة عليهم السلام كبغداد وسامراء أو ما كان

مبنياً قبل الفتح كالشام ونحوها .

وأما ما بنى بعد ذلك كما فى عصر الغيبة - كالحلة - مثلا فالأمر فيه سهل جداً ، لأن المرجع فى ذلك - كما تقدم بيانه - هو الفقيه الجامع للشرائط ، ولا شك أن الفقهاء قد أمضوا ذلك بل جروا عليه فى دورهم ومدارسهم وغيرها .

وأما لو لم نعلم بالبناء سواء فى حال الفتح ، أو قبله أو بعده بل وصلت النوبة الى الشك فى العمارة حين الفتح أو شك فى كونه مما فتح عنوة ، أو علمت عمارته حين الفتح ، ولكن احتملنا كونه عامراً بذاته نظير الآجام (١) وبطون الأودية ورؤس الجبال ، بل كلما كان على حافتى نهر دجلة والفرات ونحوهما من الأنهار حتى ما يكون حوالى عيون الماء فى ايران فى أكثر أراضيها ، ونحو ذلك مما يكون صالحاً للزراعة بنفسه إلا أنه قد اتفق عدم زراعته من الكفار ، وعدم حيازته منهم الى أن جاء الفتح - وهذا هو المقصود من قولنا عامراً بذاته فدخل فيما هو المفتوح عنوة وهو فى حد نفسه ملك للامام لكونه من الأنفال - كما سيأتى تفصيله ان شاء الله ، فيكون هذا النحو خارجا عما دل على أن المعمور حال الفتح هو ملك للمسلمين فانه مختص بخصوص ما كان ملكا للكفار حين الفتح .

ولعل الموقع الذى بنيت فيه - بغداد - بل و - الحلة - أيضاً من هذا القبيل فتكون أرضهما من جملة الأنفال ، وحينئذ فتدخلهما الملكية وتكون اليد فيما كان من هذا القبيل محكمة فيه .

بل لو حصل لنا الشك فى كونها كذلك لتكون من الأنفال القابلة

---

(١) الآجام جمع اجمة وهى الشجر الكثير الملتف .

للتملك ، أو كونها من جملة ما ملكه الكفار قبل الفتح فتكون غير قابلة لذلك ، وتكون ملكا للمسلمين كان الشك المذكور كافيا فى تحكيم اليد بل قد عد جماعة من جملة الأنفال ماعمره الكفار . هذا حكم الأرض العامرة المفتوحة عنوة .

وأما القسم الثانى من الأرض ، وهو ما عدى العامر من المفتوح عنوة وغيره مما يشمله عنوان الأنفال فنقول فيه :

الأنفـــال :

ونقصد بهذا العنوان ما كان راجعا الى الامام عليه السلام وقد تعرض السيد ـ رحمه الله ـ فى بلغته فعددها (١)

إلا أن الذى يهمنا التطرق اليه من ذلك إنما هو الأرض الخراب سواء كانت مما فتح عنوة ، أو كانت مواتا مما لم يفتح عنوة كما عليه الاجماع ، ودلت عليه النصوص الكثيرة .

ومن تلك النصوص ما جاء فى صحيحة محمد بن يعقوب عن على بن ابراهيم عن أبيه عن ابن أبى عمير عن حفص بن البخترى عن أبى عبد الله عليه السلام قال : « الأنفال مالم يوجف عليها بخيل ولا ركاب أو قوم صالحوا أو قوم أعطوا بأيديهم ، وكل أرض خربة أو بطون الأودية فهو لرسول الله صلى الله عليه وآله وهو للامام عليه السلام من بعده يضعه حيث يشاء » (٢)

ومنها ـ ما تضمنته مرسلة حماد بن عيسى عن العبد الصالح حيث يقول فيها عليه السلام : « والأنفال كل أرض خربة قد باد أهلها ـ الى قوله ـ

(١) بلغة الفقيه ص ٧٥

(٢) الوسائل الباب ١ من ابواب الأنفال حديث ١

وكل أرض ميتة لا رب لها »(١)

ومنها ـ ما جاء فى خبر أبى بصير : « لنا الأنفال قلت : وما الأنفال ؟ قال عليه السلام : منها المعادن والآجام ، وكل أرض لا رب لها وكل أرض باد أهلها فهو لنا »(٢)

ومنها ـ ما جاء فى خبر اسحاق بن عمار من قوله عليه السلام : فى تعريف الأنفال : « وكل أرض لا رب لها » (٣)

ومنها ـ ما فى خبر محمد بن مسلم : « وما كان من أرض خربة أو بطون أودية فهذا كله من الفيء (٤) والأنفال لله وللرسول فما كان لله فهو للرسول يضعه حيث يحب »(٥)

الى غير هذه من الروايات التى تعرض لها السيد فى بلغته حيث قال فى هذا الصدد (٦) :

« هذا تمام الكلام فى عامرة المفتوحة عنوة ، وأما مواتها فهى للامام عليه السلام على المشهور شهرة عظيمة ، بل الاجماع عليه مستفيض النقل مضافا الى المعتبرة المستفيضة الدالة على أن موات الارض من الانفال للامام عليه السلام وعمومها الشامل لموات العنوة وغيرها وإن كان معارضا بالعموم من وجه لعموم أخبار حكم المفتوحة عنوة من كونها للمسلمين

(١) الوسائل الباب ١ من ابواب الأنفال حديث ٣

(٢) نفس المصدر والموضع حديث ٢٨

(٣) نفس المصدر والموضع حديث ٢٠

(٤) الفيء مصدر فاء ، وهو الغنيمة والخراج .

(٥) نفس المصدر والموضع حديث ١٠

(٦) بلغة الفقيه ص ٦٧

عامرة كانت أو مواتا إلا أنه مرجح على عموم أخبار العنوة بالشهرة العظيمة والاجماعات المستفيضة » .

وقال فى أثناء كلام له (١) :

« إنه لم يقم دليل فى خصوص موات المفتوح عنوة انها منتقلة من الكفار الى الامام عليه السلام بالعنوة كالمحياة المنقولة منهم الى المسلمين بها بل الحكم بكونها للامام عليه السلام مستفاد من العمومات الدالة على أن الموات له عليه السلام بعد تقديمها على عمومات المفتوحة عنوة للمسلمين حيث كان التعارض بينهما بالعموم من وجه ومقتضاه بعد الترجيح أن ماكان للكفار من الاراضى ، وليس إلا المعمورة منها منتقلة بالعنوة الى المسلمين ، وأما الموات فمن أصلها للامام عليه السلام وإلا كانت الارض المفتوحة بقسميها محياتها ومواتها للمسلمين بحكم عمومات أخبار العنوة ، واحتجنا فى إخراج الموات منها الى دليل خاص بالنسبة اليها بالخصوص » انتهى .

وعقب شيخنا الاستاذ - دام ظله - على هذا الموضوع :

بأننا نتمكن من القول بأن ما دل على أن المفتوح عنوة للمسلمين ظاهر فيما يكون مملوكا للكفار فيكون ذلك مختصا بما عمره الكفار فلا يشمل ماكان باقيا على الخراب الى أن جاء الفتح ، وحينئذ يكون تقديم أدلة الانفال على تلك الادلة الدالة على كونها للمسلمين من قبيل الورود أو التخصيص فهى خارجة موضوعا فلا يحتاج تقديمها الى عملية تعارض العموم من وجه ، وتوجيه التقديم بالاجماع ، أو الشهرة أو نحو ذلك ، وهذا أمر سهل ولعل هذا هو المراد للسيد بحر العلوم - رحمه الله - فى قوله .

---

(١) بلغة الفقيه ص ٦٩

« ولعل إطلاق بعض الادلة يقضى بدخول غير الآجام من الثلاثة فى ملك الامام ﷺ وان كانت محياة بنفسها ، بل وما كان منها فى المفتوح عنوة تحكيما للاطلاق المزبور على مادل على ملكية المسلمين لعامرها ، ولو بترجيحه عليه بناء على تعارض العموم من وجه بينهما بل قد يقال بعدم المعارضة بينهما فضلا عن الترجيح بناء على أن إطلاقات المفتوحة عنوة للمسلمين مختصة بما كان مملوكا للكفار وليس بشيء من ذلك للادلة المزبورة داخلا فى ملكهم حتى يملكه المسلمون بالاغتنام - كما تقدم - نظير ذلك فى موات المفتوحة عنوة ، انتهى (١)

الخلاصـــة :

هى أن موات الارض المفتوحة عنوة كسائر الاراضى الموات هى ملك للامام ﷺ ومقتضى هذه الملكية أنه لا يجوز التصرف فيها ولا تملكها ، إلا بعد حصول الاذن من الامام ﷺ فى حال الحضور أو بالاذن من الفقيه الجامع للشرائط .

وقد يعترض بأن التصرف فى هذه الاراضى الموات لايحتاج الى الاذن من الامام ﷺ أو من الفقيه فى زمن الغيبة لأمرين :

الأول - الأخبار المصرحة بأن ما كان للائمة عليهم السلام فهو لشيعتهم ومن البين أن ماكان بهذا اللسان من الأخبار يكون ظاهراً فى تملك شيعتهم لتلك الأراضى . من دون توقف على الاذن الخاصة .

الأمر الثانى - الأخبار الدالة على التملك بالاحياء ، حيث صرحت بأن من أحيي أرضاً فهى له .

---

(١) بلغة الفقيه ص ٧٩

وأجاب شيخنا - دام ظله - عن هاتين الطائفتين بامكان التصرف بهما بالحمل على الاذن العامة فى التملك بالاحياء ، ومعه لاحاجة الى الاذن الخاصة منه عليه السلام فى حال الحضور ، أو من نائبه فى حال الغيبة . ولعله لأجل ذلك صرح المحقق القمى - رحمه الله - فى أجوبة مسائله فى باب إحياء الموات فى السؤال عمن أحي قناة بعدم ولاية المجتهد على الموات من أرض الانفال .

ولكن الذى يظهر من الشيخ كاشف الغطاء - قدس سره - أن للمجتهد الولاية عليها .

ولغرض إصلاح هاتين الطائفتين من الاخبار ، لابد لنا من التوجيه بما تقتضيه قواعد التعارض . فان أخبار الاحياء تفيد الاذن العامة للشيعة وغيرهم ، والطائفة الاولى تفيد الاذن لشيعتهم فقط لتصريحها بأن ما كان لنا فهو لشيعتنا .

والجواب عن ذلك : أن هذه الطائفة التى تفيد الاباحة لشيعتهم تكون حاكمة على تلك الاخبار ، حكومة المخصص بالنسبة الى ماتقدمه من العموم . فقد جاء فى رواية مسمع بن عبد الملك قول الامام أبى عبد الله عليه السلام : كلما كان فى أيدى شيعتنا من الارض فهم فيه محللون يحل لهم ذلك الى أن يقوم قائمنا فيجبيهم طبق ما كان فى أيديهم ، ويترك الارض فى أيديهم ، وأما ما كان فى أيدى غيرهم فان كسبهم من الارض حرام عليهم ، حتى يقوم قائمنا فيأخذ الارض من أيديهم ويخرجهم عنها صغره » (١) وأمثال هذه الروايات كثيرة فراجع .

ومن ملاحظة هذه الرواية انفتح علينا باب جديد ، وهو أنا

---

(١) الوافي جزء ٦ مجلد ٢ باب ٣٣ .

مانصنع مع هؤلاء الذين تملكوا الارض وتصرفوا فيها ، مع أنه عليه السلام يصرح بأن كسبهم فى الارض حرام عليهم .

ويجيب شيخنا ـ دام ظله ـ عن ذلك :

بأنه لا مانع من القول بأن اللازم علينا قبل ظهوره عليه السلام أن نعاملهم معاملة الملاك فى أملاكهم ، واجراء الاحكام على مساجدهم وسائر موقوفاتهم ، مماشاة معهم ، فانا مأمورون بذلك فى زمان الغيبة .

قال السيد بحر العلوم فى بلغته : « هذا بالنسبة الى ما كان منه فى أيدينا ، وأما ما كان فى أيدى غيرنا ، فهو عليهم حرام لعدم الاذن به منهم عليهم السلام ، وفى جواز انتزاعه من أيديهم مع الامن من الضرر وجهان : من أنه مال الامام عليه السلام فى يد من لا يستحقه ، وظالم له فى تصرفه وغاصب فى قبضه . ومن أن المستحق لانتزاعه هو الامام فيتوقف على أمره » (١) .

والظاهر بحسب القواعد هو الوجه الاول وهو :كونه مالا للامام إلا أن الانتزاع حتى مع الامن من الضرر مرغوب عنه ، بل انا فى عصر الغيبة مأمورون بالمعاملة معهم معاملة الملاك فى أملاكهم ـ كما تقدمت الاشارة اليه ـ وهو الذى بنى عليه فى البلغة فانه ـ رحمه الله ـ بعد أن تشبث للشيعة بأخبار التحليل قال :

« وغيرهم لا يملكونها بالاحياء ، لفقدان الشرط وهو الاذن بالنسبة اليهم وان وجب ترتيب أحكام الملكية الظاهرية لهم بالنسبة الى ما هى تحت أيديهم مما أحيوها كغيره مما استحلوها من أمواله عجل الله تعالى فرجه » (٢)

---

(١) بلغة الفقيه ص ٨٠ (٢) نفس المصدر ص ٧٠

نعم قد ذكر وجهاً آخر لاخبار التحليل بحمل التحليل فيه على أجرة المثل للارض ، واستشهد على ذلك برواية الكابلى ، عن الامام الباقر عليه السلام قال : وجدنا فى كتاب على عليه السلام أن الارض لله يورثها من يشاء من عباده ـ الى قوله ـ : فمن أحيي أرضاً من المسلمين فليعمرها وليؤد خراجها الى الامام من أهل بيتى وله ما أكل حتى يظهر القائم من أهل بيتى ـ الى قوله ـ : إلا ما كان فى أيدى شيعتنا ، فيقاطعهم على ما فى أيديهم ، ويترك الارض فى أيديهم ، الحديث (١)

وهكذا صحيحة عمر بن يزيد عن أبى عبد الله عليه السلام .

وفيها يقول : وكل ما كان فى أيدى شيعتنا من الارض فهم فيه محللون ، ومحلل لهم ذلك الى أن يقوم قائمنا ، فيجبيهم طبق ما كان فى أيديهم ، ويترك الارض فى أيديهم ، وأما ما كان فى أيدى غيرهم فان كسبهم من الارض حرام عليهم حتى يقوم قائمنا ، فيأخذ الارض من أيديهم ويخرجهم منها صفرة (٢)

ورواية يونس أو المعلى :

مالكم فى هذه الارض فتبسم ـ الى قوله ـ : فما سقت أو استقت فهو لنا وما كان لنا فهو لشيعتنا (٣)

ولا يخفى أن هذه الروايات ـ خصوصاً رواية يونس المتضمنة لقوله عليه السلام : فما سقت ، أو استقت فهو لنا ، وما كان لنا فهو لشيعتنا ـ ظاهرة فى ملكية الشيعة لنفس العين غايته أنه عليه السلام عند ظهوره يأخذ

(١) الوافى جزء ٦ مجلد ٢ باب ٢٣ ص ٢٣٨

(٢) تقدم ذكر هذه الرواية عن مسمع بن عبد الملك ص ٢٤٤

(٣) الوسائل جزء ٦ كتاب الخمس ص ٣٨٤ الطبعة الحديثة

الطسق منهم بخلاف غير الشيعة فانهم يعتبرون غاصبين لا يملكون شيئاً إذاً فلا مناص إلا عن الاخذ بالوجه الاول .

خلاصة شاملة وعود الى الموضوع الأصلي:

بعد هذا العرض الذى مر علينا من بيان حكم الارض المفتوحة عنوة وغيرها مما يشمله عنوان الانفال أمكننا أن نستفيد الخلاصة التالية إن الارض سواء كانت خراجية ، أو كانت من الانفال فهى مما يقبل التملك بالطرق التى ذكرناها فى كل من البابين .

وينفتح عندنا باب تحكيم اليد فى موارد الشك ، وان من كانت بيده أرض تكون يده حاكمة بأنها مملوكة له ، وحينئذ يترتب عليها صحة تصرفاته فى تلك الارض من البيع والوقف بأنواعه حتى ما كان من قبيل الاوقاف العامة : كالمساجد والمدارس ونحوها . فيكون الحال فى تلك الاراضى التى تحت اليد حال المملوكات الشخصية فاذا طرأ عليها الاستملاك من قبل الدولة ، وأصبحت شوارع لعبور الناس ومرورهم فقد ذكروا لتصحيح هذا العبور وجوهاً :

الاول ـ التخريج على أن هذه أموال أعرض عنها أصحابها بناء على أن الاعراض عن الشيء من قبل مالكه يكون موجبا لانسلاخ الملكية عن مالك ذلك المعرض عنه .

وقد رد شيخنا ـ دام ظله ـ هذا القول بجوابين :

أولا ـ إنه لم يعلم تحقق الاعراض من أصحاب الدور والمحلات بل غاية ما فى البين أنه قد حصل اليأس لهؤلاء واليأس لا يعبر عن الاعراض بل هو غير الاعراض كما هو واضح .

وثانيا - إن الاعراض على تقديره لايكون موجبا لانسلاخ الملكية حتى ولو صرح المالك بذلك وقال : « نفيت ملكيتي عنها » أو قوله : « أعرضت عنها » فان هذا التصريح لا يكون موجباً لزوال الملكية فكيف لو علمنا من حاله عدم الاعراض .

فان زوال الملكية له طرقه الخاصة المقررة من قبل الشارع المقدس كالبيع والهبة ونحوهما . والمفروض أن واحداً من هذه الطرق لم يحصل بالنسبة لما نحن فيه من الدور المعرض عنها . ولا دليل على أن مجرد الاعراض موجب لزوال الملكية .

الوجه الثاني - أن يقال بأن هذا العبور مسموح من قبل المالك ولو بشاهد الحال من أن صاحب الملك بعدما رأى ما ابتلى به الناس من جهة العبور على ملكه فانه يبيح لهم التصرف فيها ولا ينافى ذلك أنه يحقد على من غصبه ملكه وكان السبب فى تهديم بيته وجعله فى عرض الشارع .

والجواب عنه :

إن هذا المقدار من شاهد الحال لايصحح لنا العبور فى الشوارع إذ ربما كان فى البين صغير ، أو وقف فكيف نحرز رضاء هؤلاء وهل يسرى شاهد الحال على هؤلاء ؟

الوجه الثالث :

أن يدعى لجواز العبور فى الشوارع أن تغطى الأرض فرشة من الآجر ، أو السمنت أو القير وما شابه ذلك ، مما يعد تبليطاً للارض وحينئذ فان ما توضع عليه القدم فى أثناء العبور ليس هو نفس الأرض وإنما هو ما وضع عليها من أحجار التبليط ، فلم يبق إلا العبور فى الفضاء

وليس هو بتصرف فى المملوك ، وينظر لذلك بعبور الطائرات فى الفضاء المملوك للناس ، وهكذا فى رمى الحجارة من أحـــد الجانبين الى الآخر

ولـكن شيخنا ـ دام ظله ـ ناقش هذه الدعوى من وجوه :

أولا ـ إن العبور على الحجر المعتمد على الأرض لا يخلو من كونه تصرفا فى نفس الأرض .

وثانياً ـ إن عدم عـد العبور فى الفضاء تصرفا فى ملك الغـير لا يخلو عن تأمل . ولعل ما يرى بحسب الارتكاز فى الطائرة من عـدم كونه تصرفا فلعله من جهة علوها الخارق على وجه يخرج الفضاء عن كونه مملوكا ، نظير العبور تحت الأرض مما يعد خارجا عن المملوك المتعارف وأن حدوده بكونه من تخوم الأرض الى عنان السماء فانه لا يخلو عن تسامح ، والمدار على الصدق العرفى ، وهو متحقق فى الفضاء الذى يكون داخل الدار وقريباً من سطحها الأعلى .

وثالثاً ـ إنه لعل منشأ التسامح فى مثال الطائرة ، ورمى الحجر هو عدم اهتمامهم بذلك التصرف إذ لا يقدر بالمالية لقلته وحقارته ، لا أنه ليس بتصرف ، ولأجل ذلك يمنعونه أشد المنع لو كان بقائياً كما لو وضع صاحب الدارين اللتين بينهما دار لآخر جسراً من أحدهما الى الاخرى وبنى عليه طابقاً . بل لو عبر بالطائرة لـكن عنـد الوصول الى فضاء الغير سكن حركة الطائرة ، بنحو تبق معلقة فى الفضاء ، أو تهبط وتعلو وعلى أى حال إن هذا الذى يتسامحون فيه هو التصرف العبورى السريع سواء كان لأجل المسامحة فيه ، أو كان لأجل أنه لا يعد تصرفا فى نظرهم أما لو جلس فى ذلك الطريق أياماً أو بنى فيه محلا ، أو صلى فيه كل ذلك غير داخل فى العبور المذكور .

الوجه الرابع :

من وجوه تصحيح العبور بأن يقال : إن هذه أموال لا يمكن ارجاعها الى أصحابها ، وحينئذ يجرى عليها ما ذكر الشيخ الأنصارى فى مكاسبه حيث قال (١) : « ثم إن حكم تعذر الايصال الى المالك المعلوم تفصيلا حكم جهالة المالك ، وتردده بين غير محصورين فى التصدق استقلالا أو باذن الحاكم كما صرح به جماعة ومنهم المحقق فى الشرائع وغيره » .

أما المحقق رحمه‌الله فقد قال فى هذا الصدد حسبما يشير اليه الشيخ فى عبارته المذكورة « جوائز السلطان إن علمت حراماً بعينها فهى حرام وإلا فهى حلال فان قبضها أعادها على المالك ، وان جهله أو تعذر الوصول اليه تصدق بها » (٢)

والذى يظهر من عبارة الشيخ فى مكاسبه - حسبما تقدمت - أن المال الذى لا يمكن ارجاعه الى صاحبه المعلوم يكون بحكم مجهول المالك وحينئذ فلا بد فيه من الرجوع الى الحاكم الشرعى .

ولكن شيخنا الأستاذ - دام ظله - رد هذا الوجه بأن ما ذكره الشيخ الأنصارى إنما هو فى المال الذى يكون تحت يد الانسان فى الوقت الذى يكون صاحبه معلوماً ، ولا يمكن إرجاعه اليه دون مالم يكن تحت يده بل كان تحت يد الغاصب الجائر كما فيما نحن فيه من الشوارع المفتوحة من قبل الحكومة .

خامساً - أن يقال : باباحة العبور فى هذه الأراضى ، لأنها أراض غير مسورة وليست بمحجبة ليمتنع العبور فيهـــا ، ويستشهد لذلك بما

---

١ المكاسب المحرمة ص ٧١

٢ الشرائع - كتاب التجارة ص ٩٧ المسألة السادسة

فى العبور فى بساتين الناس وأراضيهم الواقعة فيما بين النجف وكربلا - مثلا - بل وفى كل مكان فان السيرة جرت على الاستطراق فى تلك الأراضى مع عدم مراجعة المستطرقين لمالكيها لتحصيل الاذن لهم بذلك .

ويحدثنا شيخنا الأستاذ - دام ظله - أنه كان قد سمع ذلك من المرحوم السيد أبو الحسن الاصفهانى - فى معرض الحديث عن العبور فى الشوارع المستحدثة من قبل الدولة ، وكان تعبيره باللفظ الفارسى كما يلى : (زمينهائيكه در وديوار ندارد عبور ومرور از او جائز است) أى إن الأراضى التى ليست مسورة ومبوبة لامانع من العبور فيها .

والجواب عن هذا الوجه الخامس :

إن هذا المقدار من السيرة غير قابل للانكار ، ولكن الكلام فى منشأ هذه السيرة وهو على نحوين :

فمرة - نقول : إن المنشأ لذلك إنما هو إحراز العابرين لرضا المالكين باعتبار شاهد الحال ، ولو بأن تكون تلك الشواهد حجة عقلائية على رضا المالكين بعبور الناس فى أراضيهم إلا أن هذا ليس بنافع ، لأن لازمه الامتناع عن العبور فى الصور التالية . لو صرح المالك بعدم الرضا فى الاستطراق بأرضه . ولو كان فى البين وقف ، أو لو كان فى البين قاصر . فكيف يسوغ للانسان العبور فى هذه الصور ؟ وثانية : يكون منشأ السيرة وجهاً آخر يراه شيخنا الأستاذ هو المتعين فى البين وهو :

أن الشارع المقدس - تلطفاً منه ، ورعاية للمنة على عبيده - قد جعل حقاً للغير بهذا النحو من الملكيات المتسعة الحاصلة بالحيازة أو الاحياء ولا حق للمالك أن يمنع الناس من هذه التصرفات الخفيفة ، كالعبور

فى أراضيه ، أو الشرب من النهر الذى كراه لايصال الماء اليه ، أو الوضوء والغسل ، والغسل من ذلك الماء حيث لا تضر هذه التصرفات بمالكية المالك لتلك الاراضى والأنهار . وأن الشارع المقدس -حيث أنعم على هؤلاء بهذه الأراضى ، وماشاكلها - لم يكن ليغمط حق الضعيف ، وحق النوع البشرى من الاستفادة بهذه الأرض بهذا المقدار من الاستفادة الخفيفة ، ولا أقل من اتصال هذه السيرة بالأئمة المعصومين من أهل البيت عليهم السلام وعدم ردعهم عنها .

وفى مكان آخر : نرى الشارع المقدس راعى حق الغير فأباح للمارة أكل الثمرة الواقعة فى عرض الطريق - كما صرحت به الأخبار - ومن تلك الأخبار ما ورد عن الامام جعفر بن محمد الصادق عليه السلام فى جواب السؤال عن أكل تلك الثمرة فيقول : « أمر بالثمرة فآكل منها قال : كل ولا تحمل » (١)

وزاد فى أحد طرقه (قلت : جعلت فداك إن التجار قد اشتروها ونقدوا أموالهم . قال : اشتروا ماليس لهم) .

ومن هذا التعبير الصريح يظهر لنا أن المالك ليس له الحق فى منع المارة من الأكل من تلك الثمار ، وليس له أن يمنعهم من حقهم الذى جعله الله لهم فيها .

وفى مكان آخر يسأل السائل الامام الصادق عليه السلام أيضا (إن الرجل يمر بالبستان ، وقد حيط عليه ، أو لم يحط عليه هل يجوز أن يأكل ثماره ؟ - الى قوله - قال عليه السلام : لابأس أن يأكل ولا يحمله ولا يفسده » (٢)

---

(١) الوافى مجلد ٣ جزء ١٠ ص ١٤٤

(٢) نفس المصدر ص ١٤٥

ورواية ابن أبي عمير سأله عن الرجل : « يمر بالنخل أو السنبل أو التمر فيجوز له أن يأكل منها من غير إذن صاحبها ضرورة أو غير ضرورة قال : لا بأس » (١) .

وفى رواية عبدالله بن سنان يقول الامام الصادق عليه السلام : (لا بأس بالرجل يمر بالثمرة ويأكل منها ، ولا يفسد قد نهى رسول الله -ص- من أن تبنى الحيطان فى المدينة لمكان المارة . قال : وكان اذا بلغ نخلة أمر بالحيطان فخربت لمكان المارة (٢) .

كل هذه الأخبار ، وغيرها ظاهرة بعد ضم بعضها الى بعض فيما ذكرناه من وجود حق للناس فى هذا النوع من الأملاك بدرجة أنه يجوز الأكل حتى ولو صرح المالك بعدم الرضا المعبر عنه حياطته لتلك البستان ومن هذا المجموع نفهم نقطة أخرى ، وهى أن أصل الملكية فى هذه الأرض الواسعة ، والتى تقع طرق الناس فى ضمنها ملكية مقيدة ، وليست بمطلقه فالرجل يملك الأرض مع وجود حق للغير فى العبور فيها ، ويملك البستان مع وجود حق للمارة من الاقتطاف من ثمرها كل هذا صحيح ومسلم . ولكنه لا ينفعنا للعبور فيما نحن فى صدد بحثه من الشوارع ، والطرق المستملكة من دور الناس ومحلاتهم ، فان الملكيه لهذه الدور والمحلات لم تكن مقيدة بالاستطراق فيها لان المسوغ لذلك فيما لو كانت الملكيه طارئة على وجود حق الاستطراق والاقتطاف ، وحينئذ فتكون ملكيته من أول الأمر مقيدة بوجود هذا الحق .

«١» نفس المصدر ص ١٤٥ .

«٢» الوافي - مجلد ٣ - جزء ١٠ ص ١٤٤ .

وحينئذ فلا تكون السيرة شاملة لما نحن فيه من الشوارع الجديدة المستحدثة من قبل الدولة :

وسادساً ـ ما ذهب اليه بعض الأجلة من الماضين ، ويعتقد شيخنا ـ دام ظله ـ أنه المرحوم الميرزا محمد تقى الشيرازى من اجازة العبور فى هـــذه الشوارع نظراً الى المصلحة العامة ، ويتولى الحاكم الشرعى باعتباره ناظراً فى تلك المصلحة اجارة الأرض عن أصحابها لأجل عبور الناس ومرورهم ، وهى منفعة ضئيلة لا تقابل إلا بشىء قليل من المال ويصرف ذلك المال فى سبيل الله عن أصحاب تلك الأرض سواء كان المالك لها قاصراً أو موقوفاً عليه .

وإن شاء نفس المستطرق أن يتصدق لمرة واحدة بشىء قليل من المال عن أصحاب تلك الأرض ، وذلك يكون كافياً لعبوره ومروره الى الأخير .

ولـكن باجازة من الحاكم الشرعى . وقال شيخنا الاستاذ ـ دام ظله ـ إن هذا الوجـه هو الأحوط بعـد انسداد تلك الطرق الخمسة نعم انه يحتاج الى اثبات ولاية الحاكم الشرعى وعمومها لما يتوقف عليه النظـام وقد حققنا فى محله عدم قصور أدلة ولاية الحاكم عن مثل ذلك وان منعنا منها فيما لا يتوقف عليه الانتظام كالحدود ونحوه مما هو من خصائص الامام عليه السلام .

المساجد الواقعة في الشوارع (١)

بعدما عرفنا حال الفضلات الباقيـــة من الدور والحوانيت ، والخانات فلابد من ملاحظة الفضلات الباقية من المساجد التى تقـــع كبقية الدور فى الشوارع وما يجرى عليها من الاحكام .

ماهى المسجدية ؟

ولمعرفة ما نحن بصدد بحثه لابد لنا من النظر الى حال المسجدية وأن زوال عنوان المسجدية - بحسب النظر العرفى - هل يكون موجباً لانسلاخ عنوان المسجدية بحسب النظر الشرعى أيضاً ؟.

أو أن المسجدية الشرعية لا تكون زائلة ، بل هى باقية على حالها وان انسلخت المسجدية بحسب النظر العرفى ؟ .

وطبيعى أن القول بتبعية الانسلاخ الشرعى ، الى الانسلاخ العرفى يستلزم سقوط جميع الأحكام التى كانت مترتبة على هذه الأرض حال كونها مسجداً ، وحينئذ يكون حال هذه القطعة حال المباحات الأصلية كالأراضى الخرابية فتعود ملكا لمن أحياها ، وعليه فلا مانع من تملكها لكل أحد من دون إحتياج لمراجعة الحاكم الشرعى ولا أقل من الاستئجار منه ، أو الشراء لان الجميع فى جهة التملك على حد سواء ، فان من أحى أرضاً فهى له .

«١» هذا البحث وما يليه من البيع ، والكنائس ، ومقابر المسلمين مقتبس مما كتبناه في درس الفقه على العروة الوثقى من محاضرات شيخنا الاستاذ - دام ظله - عند التعرض لحال المساجد والمشاهد المشرفة .

ومن هذا يتضح لنا الفرق بين المساجد والموقوفات التى تؤول الى التلف بحيث يزول عنها العنوان ، فان انسلاخ العنوان عنها يوجب بطلان جهة وقفيتها واذا بطلت جهة الوقفية فيها فلابد من رجوعها الى مالكها الأصلى .

وهذا بخلاف المساجد فان بجرد طرو الوقف عليها يكون موجباً لتحريرها ، وإنفكاكها عن ملك مالكها الأصلى فتكون مباحة لو طرء عليها ما يزيل عنها جهة مسجديتها ، ويشترك جميع المسلمين بهذه الاباحة من غير خصوصية للمالك الاصلى لخروجها عنه وعن ملكيته بمجرد الوقف .

هذه الآثار تترتب على القول بانسلاخ المسجدية الشرعية تبعاً للانسلاخ بحسب النظر العرفى .

وأما القول بعدم الانسلاخ ـ بحسب النظر الشرعى ـ تبعاً لزوال المسجدية ـ بحسب نظر العرف ـ فيترتب عليه بقاء جميع الاحكام الشرعية التى كانت مترتبة على عنوان المسجدية ، وإن لم يكن ذلك الموضع مسجداً عند العرف لاندراس آثاره .

أما شيخنا الاستاذ ـ دام ظله ـ فقد اختار القول بعدم التبعية من الشارع فى هذا المورد ، بل تكون آثار المسجدية شرعا باقية حتى ولو زالت عنه بحسب النظر العرفى . بتحقيق أن المسجد لا يخرج عن كونه من العناوين الاعتبارية ، والتى اعتبرها العقلاء وأمضاه الشارع المقدس فهو من هذه الجهة كسائر الاعتبارات العقلائية الممضاة من قبل الشارع المقدس ، والتى لا يطرئها الجعل مرة ثانية ، وهذا المقدار لا ينعدم بمجرد خرابه ، وزوال مظهره الخارجى . ذلك لان

العناوين المجعولة :

منها - ما يطرئه الجعل مرة ثانيـة فيزول ما جعل أولا ليحل محله العنوان الجديد ، وهذا كما فى - الزوجية والرقيـة - فان الرقية يمكن أن يطرئها الجعل فتزول بجعل الحرية ، وقول المالك - أنت حر - وكـذا الزوجية فانه يمكن زوالها بجعل الطلاق ممن أخذ بالساق .

ومنها - ما لا يطرئه الجعل مرة ثانية . وهـذا كما فى الحرية الطارئة بعد الرقية ، لان الحر لا يعود رقاً بعد صيرورته حراً .

ومن هذا القبيل عنوان المسجدية فان المسجد بعد جعله واعتباره مسجداً لا يمكن أن يعود الى حاله الاول قبل صيرورته مسجداً وإن زالت آثاره بحسب النظر العرفى . إذاً فتكون نتيجة هذا الرأى هو بقاء جميع الاحكام السابقة والتى كانت مترتبة على المسجد قبل إنهدامه من غير فرق بين السابق واللاحق .

الفرق بين وقف المساجد والوقف على المسلمين :

ومما تقدم يعلم أن وقف المساجد ليس من قبيل الوقف على المسلمين ليصلوا فيه ليكون عدم الصلاة ، وعدم المصلين وفقدانهم من قبيل تعذر الجهة الموقوف لاجلها .

كما أنه ليس من قبيل الاخراج عن الملك - كالأعراض - ليبقى جائز التملك .

وفى الوقت نفسه ليس من قبيل التحرير لاجل صلاة المسلمين فيه ، ليكون أيضاً من موارد تعذر الجهة الموقوف لاجلها عند فقدان المصلين فيه ، بل أن المسجدية - كما قلنا - ليست إلا عنوان إعتبارى

عقلائى ، وقد أمضى الشارع المقدس ذلك العنوان ، وذلك الاعتبار ولا يرتفع هذا النوع من الاعتبار والامضاء ، بل يكون باقياً حتى ولو زالت الآثار الخارجية .

الآثار المترتبة على بقاء عنوان المسجدية :

وحيث اختار شيخنا ـ دام ظله بقاء المسجدية الشرعية فان آثار المسجد تكون باقية بأجمعها ، وأشخص تلك الآثار هو عدم جواز التنجس لتلك الفضلات التى تقع فى الشوارع ، ويجب تطهير ما تنجس منها . أما بقية الآثار : كالانتفاع بما بقى من المسجد من جعله داراً ، أو محلا للسكنى ، أو الكسب ، أو الزرع وما شاكل ذلك فهذه تختلف فيما بينها .

ولكن الميزان الاولى فيها ـ أن لا يكون ذلك الانتفاع مناف للمسجدية وإن لم يكن بعمله ذلك مزاحماً للمصلين . أما لو نافى ما عمله لعنوان المسجدية فهو غير جائز ، ولكن لا يترتب عليه آثار الغصب ، بل ولا أى ضمان للمنافع لما تبين من عدم المضمون له فى البين ، وإن المنفعة غير مملوكة له . ولذلك لا يجوز إيجاره على الغير لان هذا المتصرف لا يملك ما تصرف به ، ولا يملك منفعته ، بل غاية الامر أن له الانتفاع بما لا ينافى المسجدية ، وهذا وحده لا يكون مصححاً للاجارة .

وتظهر ثمرة القول بالغصب فى هذه الصورة وعدمه فى موارد منها الصلاة فى ذلك المحل فانه لو كان غاصباً لكانت صلاته قد وقعت فى محل مغصوب ، أما على القول بعدم الغصب فتكون صلاته قد وقعت

مع فعل محرم قد صدر منه .

والآن وحيث اختار شيخنا الأستاذ - دام ظله - بقاء عنوان المسجدية الشرعية ، فلابد من القول بوجوب تطهير الفضلات الباقية من المساجد وعدم جواز تنجيسها - كما عرفته - .

ولكن السيد الطباطبائى - فى عروته - ذهب الى التفكيك بين هذين الحكمين فقال : « إذا تغير عنوان المسجد بان غصب ، أو جعل داراً أو صار خراباً بحيث لا يمكن تعميره ، ولا الصلاة فيه ففى جواز تنجيسه وعدم وجوب تطهيره كما قيل إشكال ، والأظهر عدم جواز الأول بل وجوب الثانى »(١) .

وهذه العبارة تعطينا بالنظرة الأولى إمكان التفكيك بين الحكمين عدم جواز التنجيس ووجوب التطهير إلا أنه (قدس سره) بهذا الاضراب المتمثل فى قوله « بل وجوب الثانى » يختار الحاق عدم جواز التنجيس بوجوب التطهير . ومن المعلوم أنه لا وجه للتفكيك بين هذين الحكمين : حرمة التنجيس ، ووجوب التطهير فمن يقول : بانسلاخ المسجدية الشرعية إضافة الى الانسلاخ العرفى فلابد له من القول بارتفاع كلا هذين الحكمين . فلا يجب التطهير ولا يحرم التنجيس .

وأما لو قلنا : ببقاء المسجدية الشرعية - كما هو رأى شيخنا دام ظله - حتى ولو زالت المسجدية العرفية فانه لا وجه للتفكيك ايضا لان هذه البقعة من الأرض لا تزال مسجداً ، فكما لا يجوز تنجيسها فكذلك يجب تطهير ما تنجس منها ، أو على الأخص لو استفدنا من

---

(١) العروة الوثقى بحث المساجد والمشاهد المشرفة مسألة ١٣ .

الأدلة القائلة (جنبوا مساجدكم النجاسة) (١) وما ماثلها لهذا النوع مما ذهبت مسجديته العرفية ، وبقيت مسجديته الشرعية فكما لا يجوز تنجيسها فكذلك يجب تطهيرها لان. هذه القطعة من الارض مشمولة لهذه الادلة الآمرة بتجنيب المساجد عن النجاسة .

هذا لو علمنا شمول الادلة لتلك أو عدم الشمول . وحتى لو حصل لنا الشك ، ولم نعلم بانسلاخ المسجدية الشرعية تبعاً للمسجدية العرفية فايضا لا يجوز التفكيك بل لا بد من وجوب التطهير ، وعدم جواز التنجيس تمسكا بالاستصحاب القاضى بذلك بيان الاستصحاب : أن هذه الارض كانت قبل أن يطرئها الخراب محطاً لكلا هذين الحكمين : عدم جواز التنجيس ، ووجوب التطهير . والآن نشك فى بقاء هذين الحكمين ، وبمقتضى الاستصحاب يثبت لنا أن هذه الارض بعينها الآن أيضا لا يجوز تنجيسها ، ويجب تطهيرها إذاً فعلى جميع الصور تبين لنا عدم وجود وجه للتفكيك بين الحكمين بل الحال فيهما واحد ، فاما أن يرتفعا معاً ، أو يتحققا معاً .

ولم يكن السيد الطباطبائى ـ رحمه الله ـ الوحيد الذى يفتح باب التفكيك بل ان شيخنا الاستاذ المرحوم النائينى أيضا ذهب الى القول بالتفكيك لذا قال فى حاشيته على عبارة العروة المتقدمة .

« إذا خرج عنوان المسجدية ، وبطل رسمه بالكلية ، فالأظهر عدم وجوب تطهيره ، وإن كان جواز التنجيس لا يخلو عن اشكال » .

ولا شىء على المرحوم النائينى ـ قدس سره ـ فى هذا التكفيك حيث استظهر عدم وجوب التطهير خلافا للاستصحاب القاضى بوجوبه

(١) الوسائل كتاب الصلاة ، احكام المساجد باب ٢٤ حديث ٢ .

ذلك لانه يرى هذا الاستصحاب من الاستصحاب التعليقى ، لان وجوب التطهير فى السابق كان معلقاً على تحقق النجاسة ـ بمعنى أنه اذا تنجس يجب تطهيره ـ ومما هو معروف لدى الجميع أن المحقق النائينى ـ قدس سره ـ لا يرى صحة الاستصحاب إذا كان تعليقياً ، ولا مجال لنا فى هذه العجالة لبيان الوجه الذى يستند عليه الشيخ المحقق النائينى ـ رحمه الله ـ لعدم حجية الاستصحاب التعليق (١) .

وعلى أى حال فحيث كان المرحوم النائينى يرى عـــدم حجية الاستصحاب التعليقى فلم يقل هنا بوجوب التطهير . ولكن الذى ظهر من عبارته المتقدمة هو إجراء الاستصحاب ، والتمسك به بالنسبة الى الحكم الثانى ، وهو عدم جواز التنجيس على إشكال فى ذلك .

ولعل منشأ الاشكال فى حرمة التنجيس بعد أن كان الاستصحاب قاضياً بذلك هو معرفة موضوع هذا الحكم ـ وهو عدم جواز التنجيس ـ فهل الموضوع فيه هو المسجدية العرفية ؟ ومن البين أنها قد زالت لان العرف لا يرون هذا الطريق مسجداً الآن ، وإن كان فى السابق مسجداً وبزوال المسجدية عندهم تزول جميع الآثار المترتبة عليها كما فى ـ اكرام الشخص العادل ـ فان عدم الاكرام متعين لو صار هذا الشخص فاسقاً .

أو أن الموضوع للحكم بعدم جواز التنجيس هو ذات المسجدية

---

(١) لقد تعرض شيخنا الاستاذ ـ دام ظله ـ لبيان وجهة نظر استاذه المرحوم الشيخ النائيني في عـدم حجية الاستصحاب التعليقي في دروس الفقه على العروة الوثقى ولا مجال لنا هنا للتعرض الى ذلك وقد تعرض لهذا البحث في الجزء الاول من دليل العروة الوثقى ص٥٠٢ تقريرات شيخنا الاستاذ لمؤلفه العلامة الشيخ حسن سعيد الطهراني .

وعنوان المسجدية حالة من الحالات الطارئة على الذات . وحينئذ فزوال الحالة لا يكون موجباً لزوال تلك الاحكام الواردة عليهـــا المفروض بقاؤها ، وتبعاً لبقائها تبقى الأحكام الثابتة لها ـ كما هو الحال ـ فى الماء الذى تنجس بالتغير فان زوال هذه الحالة لا يكون موجباً لزوال الحكم ، وهو النجاسة لذلك الماء . هذا هو منشأ الاشكال .

إلا أن الوجه فى جريان الاستصحاب ، هو أن هـذا الحكم وهو حرمة التنجيس كان ثابتاً قبل هذا الحال ، وعند الشك فى بقائه الآن نستصحب فيثبت لنا عدم جواز التنجيس .

إلا أن الاشكال فى هذا النوع من الاستصحاب واضح لان الشك كان فى بقاء الموضوع ، ومع الشك فى بقاء الموضوع لايجرى الاستصحاب .

على أنا نتمكن من القول بان الاستصحاب فى طرف وجوب التطهير تنجيزى ، وليس بتعليقى ـ كما يراه المحقق النائينى ـ رحمه الله وتقريب ذلك ـ يظهر لنا مما بيناه سابقاً ـ من أن حرمة تنجيس المسجد ، ووجوب تطهيره حكمان قد استفيدا من دليل واحد استقر عليه رأى شيخنا الأستاذ ـ دام ظله ـ أخيراً ، وهو « المنع من تقريب النجاسة الى المسجد حدوثاً وبقاء » .

وإن شئت فقل : أن المسجد يجب على المكلفين أن يحافظوا عليه من ناحية طهارته دائماً ، وعصيان هذا التكليف يتحقق بأحد أمرين :

الأول ـ أن يعمد المكلف الى تنجيسه .

الثانى ـ أن يترك المكلف تطهيره .

إذاً فليس التكليف إلا واحداً ، وإنما الاختلاف فى طرق عصيانه

وعليه فليس فى البين تكليف شرعى بالتطهير على تقدير النجاسة ليكون تعليقياً ، ويتبين منه أن وجوب التطهير كحرمة التنجيس تنجيزى ، وحينئذ فيجرى الاستصحاب فى الطرفين .

ولجريان الاستصحاب ، وعدم جريانه ، ومعرفه" إمكان التفكيك بين هذين الحكمين : وجوب التطهير ، وعدم جواز التنجيس لابد من ملاحظه" المسجدية فى نظر العرف ، ومعرفه" حقيقتها وهى لا تخرج عن واحد من ثلاث .

فاما أن تكون موضوعاً .

وأما أن تكون حالة .

وإما أن تكون علة .

أما لو كانت موضوعا ـ فلا معنى لبقاء الحكم لانه ذاهب بزوال موضوعه ، فلا معنى لجريان الاستصحاب حينئذ .

وأما لو كانت حالة ـ فلا إشكال فى بقاء الحكمين ، ولو حصل الشك كان الاستصحاب جارياً .

وأما لو كانت علة ـ بحيث كان العرف يرى بان المسجدية علة لطرو الحكم على الذات فحينئذ ينفتح علينا مورد جديد للبحث فيه والنظر الى هذه العلة فهل هى علة محدثة ، أو مبقيه" ؟ بمعنى أن العلة تارة : تكون بنحو إذا حصلت فالحكم لا يكون وجوده منوطاً ببقائها ، بل يكون باقياً حتى ولو زالت العلة التى كانت سببا فى حصوله ، وتكون العلة حينئذ محدثة ومبقية .

وثانيه" : تكون علة ما دامية وتسمى علة محدثة فقط ومعنى ذلك أنه لابد لبقاء الحكم من وجودها وإلا فبزوالها يزول الحكم ، ويكون

وجود الحكم فى هذه الصورة دائراً حول وجود العلة فى الحدوث والبقاء .

والعرف مع هذه العلة ، وهى المسجدية فان عرف نوعية هذه العلة ، وأنها من أى قسم من المحدثة ، أو المبقية فقد انتهت المشكلة وعلى ذلك يرتب الحكم الشرعى .

وأما لو حصل الشك فى نوعية هذه العلة ، وهل أنها محدثة أو مبقيه؟ والتبس علينا الأمر جاء دور الاستصحاب ليكون هو المرجع - فى هذه الحالة - فيقال : إن هذه الذات كانت محكومه بحرمة التنجيس ووجوب التطهير عندما كانت مسجداً قائما معموراً والآن وبعد طرو الخراب عليها نشك فى بقاء ذلك الحكم بعد زوال العلة ، والتى هى معموريته فنستصحب وجود الحكم ويثبت لنا بفضل ذلك تحريم التنجيس ووجوب التطهير .

والآن وبعد هذه الجولة عرفت أنه لا مجال للتفكيك بين الحكمين المذكورين ، فلا وجه لما ذهب اليه المحقق النائينى - قدس الله سره - بل وجوب التطهير ، وعدم جواز التنجيس محكومان بحكم واحد ، فاما الارتفاع معاً ، أو البقاء معاً .

ولكن بعض الأجلة من الأعلام ذهب الى التفكيك بين الحكمين مستدلا عليه بوجه آخر . وبيانه :

أن دليل وجوب التطهير مستفاد من الاجماع ، ودليل عدم جواز التنجيس لفظى ، وإذا وصلت النوبة الى أن دليل وجوب التطهير مستفاد من الاجماع فان القدر المتيقن من مورده هو ما كان المسجد فيه عامراً ، وأما شموله لما نحن فيه حيث زالت الآثار والمعالم الدالة على المسجدية ، فهو محل توقف ولأجله ثبت التفكيك بين الحكمين ، وجوب

التطهير ، وحرمة التنجيس .

ويجيب شيخنا الاستاذ - دام ظله - عن هذا الدليل :

بان دليل كلا هذين الحكمين لفظى ، وليس وجوب التطهير قد استفيد من دليل لبي - كما تقدم من ثنايا البحث - .

وقد يعترض بان دليل كلا هذين الحكمين لبي مستفاد من الاجماع إذ الأدلة اللفظية كقوله تعالى : « إنما المشركون نجس » (١) وغير هذه الآية مختص بالمسجد الحرام ، لان هذه أحكام مختصة بذلك المسجد فلا يقربوه ، وأما بقية المساجد فاحكامها مستفادة من الاجماع ، ومن الواضح أن القدر المتيقن من الاجماع ما كان المسجد فيه معموراً ، أما ما طرأه الخراب ، والتغيير فالجارى فيه هو الأصول ، ولكن الجواب عن هذه الدعوى واضح - لما تقدم بيانه - من أن دليل كل من هذين وجوب التطهير وحرمة التنجيس مستفاد من الأدلة اللفظية والأدلة اللفظية لا تفرق بين ما كان عامراً أو خراباً .

البيع والكنائس وما يتبعها

ويتضمن البحث فى هذه الجهة عن البيع ، والكنائس ، وما جرى على شاكلتها من معابد اليهود والنصارى ، من حيث الحاقها بالمساجد والنظر من وراء ذلك فيما اذا وقعت فى الشوارع ، أو بقيت منها فضلات يمكن الاستفادة منها كحوانيت وما شابه .

وطبيعة هذا البحث تقتضى تقسيم الموضوع الى قسمين :

---

(١) التوبة آية ٢٩ .

مرة : نتكلم عن البيع والكنائس الموجودة قبل وجود الدين الاسلامى الحنيف .

وثانية : فيما استحدث من ذلك بعد الاسلام

البيع والكنائس قبل الاسلام :

ولابد لنا من معرفة حقيقة هذه البيع ، وهل أنها تشترك مع المساجد فى حقيقة واحدة لتجرى عليها ما تحكم به المساجد ، أم انهما حقيقتان مختلفتان فتكون الأحكام الواردة على كل منهما مخالفة لما تقيدت به الطائفة الثانية ؟

ويختار شيخنا الاستاذ ـ دام ظله ـ الرأى القائل باختلاف حقيقة كل من هذين البيع والكنائس من جهة ، والمساجد من جهة أخرى فليس المسجد هو عين حقيقة البيعة أو الكنيسة ، بل هذه وأمثالها اتخذت محلا للعبادة لهم ، ومجرد هذا المقدار لا يكفى لاجراء أحكام المسجدية على معابدهم ، بل إن نفس المسلمين لو اتخذوا لهم محلا خاصا للعبادة لامكننا القول بعدم كون ذلك المكان مسجداً ، ولا ينافيه أخذهم له مكانا للعبادة إذ لم تجر عليه صيغة المسجدية ، واعتبار كون ذلك مسجداً بل مجرد معبد فلا تجرى الأحكام الواردة على المسجد عليها . فلا يجب تطهير ما تنجس منها ، ولا يحرم تنجيس ما كان طاهراً ، ولا يتقيد بالانتفاع بما بقى منها بما ينافى العنوان الذى كانت عليه قبل أن يحصل الخراب لان هذه الأرض ليست بمسجد ولا تجرى عليها أحكام المسجدية .

هذا ماذهب اليه شيخنا الاستاذ ـ دام ظله ـ من كونهما من الحقائق المختلفة .

ولذلك يتحرج من يرى اتفاقهما فى الحقيقة ، وان حقيقة البيعة هى عين حقيقة المسجد حيث يدعم هذا القول بأن الشائع التعبير عن البيع والكنائس بمساجد اليهود والنصارى ، وان ما حصل من الاختلاف فانما هو فى الاسم لا أكثر ، والحراجة فى ذلك انه من المعلوم أن للمساجد أحكاماً مترتبة عليها ، وليست هى بمقتصرة على حرمة التنجيس ، ووجوب التطهير ، بل هناك جملة الأحكام الأخر فهل يشترك الجميع فى هذه الاحكام ؟ وطبيعى أن الاشتراك المذكور يتوقف على العموم المتكفل لسراية الأحكام ، أو وجود إطلاق يدل على الشمول .

أما فى صورة عدم وجود ما يدل على الشمول من اطلاق ، أو عموم فلابد من التنزل الى الاجماع ، ولابد لنا من الأخذ بالقدر المتيقن منه ولا يتعدى القدر المتيقن عن الاقتصار على مساجد المسلمين لا غير وربما كان هذا التردد فى أن البيع والكنائس هل تتفق حقيقة مع المساجد أولا ؟ وعلى فرض كونهما من حقيقة واحدة فهل فى البين ما يدل على الشمول من عموم أو اطلاق أولا ؟ هو الذى دعا السيد الفقيه الطباطبائى - قدس سره - أن يتوقف بالنسبة الى تنجيس مساجد اليهود والنصارى حيث قال « فى جواز تنجيس مساجد اليهود والنصارى إشكال » (١) .

وربما يشكل علينا بالمساجد الثلاثة (المسجد الحرام) و (المسجد الأقصى) و (مسجد الكوفة) فيقال . بان هذه المساجد وخصوصا المسجد الحرام والأقصى ليست من المساجد المستحدثة فى عهد الاسلام بل هى مساجد قديمة ، وثابتة من عهد ابراهيم الخليل - عليه السلام -

(١) العروة الوثقى . البحث عن المساجد والمشاهد المشرفة مسألة ١٥ .

إذاً فهى ثابتة قديماً وليست من مستحدثات شريعتنا الاسلامية وعليه فما هو الموجب للتفكيك بينها وبين البيع ، والكنائس التى أوجدت قبل الاسلام ولابد من توحيدها فى الحكم من جميع الجهات .

ويجيب شيخنا الأستاذ ـ دام ظله ـ عن ذلك :

بان هذه المساجد الثلاثة كانت ، ولا تزال مساجد من القديم من يوم خلق الله عز وجل هذه الأرض ، وأوجدها ، ولم يكن بناء سعد بن أبى وقاص إلا من المصادفة حيث أوقع البناء على تلك القطعة التى اختارها مسجداً للعباده من الأزل ، ومع ذلك فلا ملازمة بين هذا وبين إجراء أحكام المساجد على البيع والكنائس لاختلاف الحقيقتين كما عرفته ، ولا ينافيه إشتراك الجميع فى المعبدية .

وربما يعترض بان هذه المساجد كيف بقيت محافظة على مسجديتها مع عدم خضوعها للشرائع المقدسة السابقة ، كشريعة موسى عليه السلام وعيسى عليه السلام مع أنها لابد لها من الخضوع اليها فتتحول الى بيع وكنائس بطبيعة الحال .

ويجاب عن ذلك .

أنه لا موجب للخضوع الى الأديان السابقة ، بل تبقى هذه المساجد محافظة على صبغتها الأولية من المسجدية ، لان الله شاء لها ذلك بل نترقى لنقول : إن هذا سار بالنسبة الى نفس نبينا الكريم محمد (ص) وآبائه وأجداده الطاهرين ، حيث لم يخضعوا ليهودية ولا لنصرانية ، ولا لبقية الأديان التى مرت عليهم . بل كانوا متمسكين بالدين الحنيف دين ابراهيم عليه السلام كما صرح بذلك دستور الاسلام الخالد القرآن الكريم فى قوله تعالى :

« واتبعوا ملة أبيكم ابراهيم حنيفاً » .
فهؤلاء كانوا من الطينة الطاهرة التى شرفها الله على جميع البشر .

البيع والكنائس بعد الاسلام :

ويشمل البحث البيع والكنائس المستحدثة بعد الاسلام - أى فى أيام كفرهم - وعدم متابعتهم للدين الاسلامى المجيد .

علماً بان البحث لا يتناول ما يستحدثه الكفار فى بلاد المسلمين من البيع والكنائس الآن، لان هذه البيع والكنائس باطلة لمخالفتها لشرائط الذمة فيختص بحثنا بالبيع والكنائس التى يستحدثها الكفار فى غير بلاد المسلمين ، وهذه لو لاحظناها لرأيناها خارجة عن طبيعة بحثنا ولم تتعلق بموضوعنا مباشرة وهو ملاحظة حال الشوارع التى تستحدثها الدولة ، لانها خارجة عن بلاد المسلمين . إلا أنا نتكلم فيها من الوجهة العلمية ، والبحث عن إمكان قصد التقرب من هؤلاء مع أن القربة لم تتوفر منهم ، والتى هى الأساس فى الوقف بالنسبة الى المساجد والمدارس ونحوها .

ويقع الكلام عن مثل هذه الأوقاف فى جهات ثلاث :

الجهة الأولى :

ويتناول البحث فيها عن أن مثل هذه الوقف إنما هو وقف على عباداتهم وعباداتهم لا شك فى بطلانها - لما تحقق فى محله - من بطلان عبادة هؤلاء الفرق فيكون هذا من قبيل ما لو وقف الانسان محلا لجهة محرمة فيكون الوقف فيها باطلا بالضرورة .

الجهة الثانية :

إن مثل هذا الوقف وقف على طائفة مخصوصة لان اليهود أو النصارى يوقفون بيعهم وكنائسهم على أهل نحلتهم ، وكذا بعض فرق المسلمين حيث يوقفون مساجدهم على من يتبعهم ، وحتى بعض الامامية يوقف مدرسة لطلاب العلوم الدينيــة وبضمنها مسجد لطلاب تلك المدرسة . فهل مثل هذا الوقف من الانحصار على طائفة مخصوصة صحيح أولا ؟

الجهة الثالثة :

إن الوقف محتاج الى قصد القربة لانه من العبادة ، وقد قلنا ببطلان عبادة هذه الفرق والركيزة الأوليــة فى الوقف هو حصول التقرب بذلك العمل الى الله عز وجل ، وكيف يحصل التقرب من هؤلاء ؟ .

جهات ثلاث لابد من الالتفات اليها .

أما البحث عن الجهة الأولى :

وهى أنهم أوقفوا هذه المحلات لعباداتهم ، وعباداتهم باطلة فنقول فيه : إنه مما لا شك فيه أن الغاية من وقفهم إنما هى عباداتهم ، وهذه العبادة تتصور على نحوين فى نظر الواقف .

فمرة : يجعلها الواقف شرطاً فى الوقف بحيث يقول :

وقفت هذه الكنيسة أو هـذه البيعة ، وشرطت أن تكون للعبادة الفلانية .

وثانية : يجعلها ركناً فى الوقف فيقول :

وقفت هذه البيعة أو الكنيسة للعبادة الفلانية .

وعلى النحو الأول : فتكون المسألة من صغريات البحث عن أن الشرط الفاسد هل يوجب فساد المشروط أولا ؟ وبطبيعة الحال تكون المسألة مبنائية فمن يرى الفساد يقول بالبطلان ، ومن لا يكون مثل هذا الشرط عنده مخلا لم يقل بالبطلان .

وعلى النحو الثانى : فلا شك فى بطلان هذا النوع من الوقف لكونه مخصصاً بشىء محرم ، وهو كما لو أوقف المحل لجهة محرمة .

وأما البحث عن الجهة الثانية :

وهى الوقف على جهة مخصوصة .

فان المحذور الموجب للتوقف فيه أن وقف المساجد يكون من قبيل التحرير المطلق فالتقييد بفرقة دون أخرى مناف لهذا التحرير . وبتعبير أوضح : وقف المساجد يكون من قبيل الايقاعات ، وهى لا تقتضى التقييد ونحوه ـ وان قلنا ـ فيما تقدم . أن الوقف ليس من قبيل التحرير ، ولكنا مع هذا نتكلم هنا لحل الاشكال من الوجهة العلمية لنقول : أنه بناء على كون الوقفية فى مثل هذه الأمور إنما هى من التحرير فما هو الحل لاشكال الاختصاص بفرقة دون أخرى المنافى للتحريرية ، وبهذه المناسبة نتمكن أن نتصور صوراً لمثل هذا الوقف .

الصورة الأولى ـ أن يقول المالك حيث يريد الوقف : وقفت هذا المكان لخصوص طائفتنا . ولا شبهة فى بطلان مثل هذا الوقف فى هذه الصورة لان ذلك من أكمل مصاديق التضييق المخالف للتحرير ولا يختلف حال هذا الوقف عن قول المالك أعتقت عبدى لخصوص الجهة الفلانية فالتحرير ليس بمقيد لجهة دون أخرى ، والوقف

فى مثل هذه المحلات لا يختص بطائفة دون غيرها ، وإنما يشترك الكل بها .

الصورة الثانية ـ أن يقول المالك : وقفت هذا المكان بيعة لعباد الله اذا كانوا يهوداً ، أو مسجداً للمسلمين إذا كانوا مسلمين معتقداً فى المثال الأول اليهودى أن عباد الله إنما هم جماعتهم ، وكذا المسيحى ، وفى المثال الثانى يعتقد الواقف المسلم أن المسلمين إنما هم جماعتهم لا غير .

وفى هذه الصورة يقع الوقف صحيحاً لان هذا الوقف فى الحقيقة لنا نحن المسلمين لانا عباد الله الحقيقون ، وأما أولئك فعباداتهم باطلة وهم كفرة فليسوا بعبيد لله ، وإنما اعتقده اليهودى مثلا ولم يصرح به من أن عباد الله إنما هم جماعتهم لا يخلو عن كونه من قبيل الاعتقاد المقارن المخالف للواقع فهو خيال محض لا واقع له .

الصورة الثالثة ـ أن يقول اليهودى ـ مثلا ـ : وقفت هذا المكان على عباد الله ، وهم نحن أو يقول المسلم من بقية الفرق : وقفت هذا المكان على المسلمين ، وهم نحن الفرقة الفلانية فان هذه الصورة تكون من صغريات مسألة الخطأ فى التطبيق لان الواقف وقف هذا المكان على عباد الله الحقيقيين معتقداً أنهم جماعته وحينئذ فحيث يتبين خطاه يكون الوقف صحيحاً كصورة الاعتقاد المقارن .

نعم لو كان قصد الواقف فى مثل ذلك من قبيل التقييد فى أصل الانشاء فيكون انكشاف الخلاف فيها موجباً للبطلان .

وعلى أى حال فى الصورتين الثانية والأولى يقع الوقف صحيحاً لانه اما من قبيل الاعتقاد المقارن ، أو الخطأ فى التطبيق .

وقد صحح لنا مثل هذا الوقف كل من كاشف الغطاء وصاحب الجواهر ـ رحمهما الله ـ فقد قال المرحوم كاشف الغطاء : ولو كانت العبادة داخلة فى المعاملات من وقف أو عتق ونحوهما حكمنا بصحتها ، فساجدهم كمساجدنا ومدارسهم وكتبهم الموقوفة ، ونحوها حالنا كحالهم أو هى خاصة لان الغرض من الوقف الاعمال الصحيحة ولا تقع إلا بنا » (١) .

وأما صاحب الجواهر فقد قال : « لكن هو فاسد من جهة أخرى ، وهى قصدهم المسجد لاجل صلاة أهل مذهبهم ، وهو ماعرفت من منافاة التخصيص للمسجدية القاضى بالفساد لان لا صلاة لاحد منهم من أهل مذهبهم كى يصح الوقف لها مسجداً ، (وفيه) أن مجرد زعمه ذلك ، وان لم يكن صرح به بعد أن جعل وقفاً للمصلين الذين هم حقيقة أهل الحق لا أهل مذهبه لا يقتضى الفساد بل الوقف فى نفس الامر لهم لا لغيرهم فيحرم صلاتهم فيه دونهم ضرورة صحة وقفهم وفساد ظنهم » .

وأما البحث عن الجهة الثالثة :

وهى إحتياج الوقف لكونه من العبادات الى قصد التقرب وكيف تحصل القربة من هؤلاء ؟

فمن المعلوم أن من يريد خوض هذا البحث لابدله من مواجهة أمرين أساسيين :

الامر الاول ـ توقف الوقف على قصد القربة لكونه عبادة .

---

(١) كتاب كشف الغطاء المقصد الثالث الايمان .

الأمر الثانى - بطلان عباداتهم للمفروغية عن ذلك فتكون النتيجة أن عباداتهم ، وجميع وقوفهم باطلة بما فيها من كتب ومدارس ومعاهد وهل هناك من يخدش فى واحد من هذين الأمرين ليصح الوقف منهم خلاف ونزاع بين الأساطين ؟ مثل كاشف الغطاء ، وصاحب الجواهر ، والمحقق الآخوند ، - رحمهم الله جميعاً - ولهذا لابد من عرض كلماتهم لنسير على ضوئها فربما وصلنا الى نتيجة .

أما كاشف الغطاء : فقد صحح وقفية مساجدهم وما يتبعها من المدارس والكتب وما شاكلها حيث جعل محط نظره بان الوقف من العبادات فقال : « حيث بينا أن اعتبارها لا يمنع من صحته من الكافر بناء على كون المراد بالقربة ههنا قصدها وإن امتنع حصولها كما فى العتق لعدم الدليل على اعتبار أزيد من ذلك كما فى العبادات بالمعنى الأخص ولذا ذهب الكل أو الجل الى اشتراط الوقف بالقربة ، وصحته من الكافر فان الجمع لا يتسنى إلا على تقدير كون المراد بالقربة ما ذكر لا حصول التقرب فعلا ، لان الكفر يمنع من التقرب » .

والذى يظهر من كلامه - رحمه الله - أن المعتبر من القربة هنا ليس إلا قصد التقرب اليه تعالى ، لا نفس القرب الحقيق ، لانه ليس من شؤونه واعماله ، وأن الذى يحصل من الكافر هو قصده لذلك التقرب لا اكثر ، وعليه فلا مانع من الوقف فى نظره - رحمه الله - .

وشيخنا الاستاذ - دام ظله - رد ما جاء به كاشف الغطاء .

بان لازم ذلك هو تصحيح جميع عباداته ، وعدم الاقتصار على موقوفاته لان التقرب الواقعى المعبر عن نفس القرب لا يتمكن حصوله

حتى ولو كان الواقف إمامياً ، لان القرب الحقيق ليس من شؤون الواقف الامامى ايضا ، وغاية ما فى البين هو قصده التقرب ، وهـذا أيضا حاصل فى المخالف ، وهذا لا يمكن الالتزام به وهو تصحيح جميع عباداته أما صاحب الكفاية قدس سره فقد أجاب عن ذلك قائلا :

« وبصحة الوقف على الكافر حتى الذمى على البيع والكنائس ، ومن المخالف المعلوم عدم صحة عبادتهما لفقد إيمانهما . ولا يخفى مافيه لعدم إحراز كون الوقف عقداً - الى أن قال : وأما صحة الوقف من الذمى أو العامى فغايته الدلالة على أن الوقف ليس بعبادة بمعنى ما يعتبر فيه الايمان من غير دلالة أصلا على عدم اعتبار قصد القربة فى صحته أصلا كما لا يخفى - الى قوله : وبالجملة اعتبار الايمان فى صحة سائر العبادات لدليل يخصها دون الوقف لا يوجب عدم اعتبار قصد القربة فيه أيضا ، وقد عرفت أنه قضية الأصل ، وقد ادعى الاجماع كما أنه لا ريب فى عدم اعتبار الايمان منه إجماعاً » .

والآن فقد ظهر لنا أن الايمان الذى يكون ركيزة فى عـــدم حصول التقرب من الكافر ليس هو فى الوقف ، بل هو جار فى غير الوقف من العبادات لتصريح الأدلة بجريانه وحصوله من الكافر من غير تقييد بايمان أولا ، وحينئذ فيكون وقف مساجدهم صحيحاً لا مانع منه ويؤيده قيام الاجماع عليه .

والذى يرد على هذا :

أن التفصيل بين الوقف ، وغيره واعتبار الايمان فى صحة التقرب إنما هو فى غير موارد الوقف ، وأما فى الوقف فلا حاجة الى الايمان

كل ذلك لا دليل عليه . وأما الاجماع المذكور : فربما نوقش فيه من جميع جهاته إلا أن ذلك قد يجبر بما ينبه عليه من اعتضاده بالاخبار الدالة على هذا المعنى فان ما أوجب صحة وقفية غير الامامية الأخبار الواردة عن الأئمة - عليهم السلام - المتعرضة لاحكام المساجد فى ذلك الوقت ، ومن أن الامامية لم تكن لهم مساجد فى ذلك الوقت لنحمل تلك الأخبار عليها فاذا حملناها على ذلك لزم أن لا يكون لها مورد فلابد وأن تكون واردة فى مساجد غير الاماميين .

ومن تلك الأخبار ما ورد عن الامام الصادق عليه السلام .

حيث يسأله السائل ، ما تقول فى هذه المساجد التى بنتها الحاج فى طريق مكة فقال عليه السلام : بخ بخ تيك أفضل المساجد .

إذاً فترتيب الاثر على تلك المساجد لدليل على صحة الوقف فيها مع أنها مساجد لغير الامامية لكونهم فى ذلك الوقت يعتبرون أقلية ومن صحة الوقف فى مساجدهم يمكننا القول بصحة بقية موقوفاتهم من مدارس وكتب وما شاكل . أما بقيـة أفعالهم العبادية كالصلاة والصوم ، وبقية العبادات فحق لنا أن نتوقف عن القول بصحتها بل هى باطـلة لفقدانها لشرط أساسى له أهميته فى عالم الوقف وهو القربة مـع أنها لا تتحقق منهم .

مقابر المسلمين الواقعة في الشوارع

وكثيراً ما تقع المقابر فى الطرق والجواد ، وتبقى منها فضلات يستولى عليها البعض للاستفادة منها كدور وحوانيت ، وما شاكل وقد

أخذ الناس يستولون أخيراً على المقابر ليجعلوا منها دوراً لهم ويمنعوا فيها الدفن فما حكم ذلك ؟.

وقد استظهر شيخنا - دام ظله - بان حال هذه المدافن العامة التى يتخذها المسلمون كمقبرة لهم كحال المساجد ، ولا شيء على من استغلها إلا العصيان ، لانه منع المسلمين من الدفن فيها ، ولا يتحقق الغصب منه لها ، بل غاية ما فى البين أنه منع حقاً ثبت لهم وهو الدفن فعلى من أقدم على جعلها طرقاً وجواد يثبت العصيان ، وكذلك على من استغل الفضلات الباقيـــة منها أو من تجاوز عليها وجعلها دوراً لا فرق فى الجميع من جهة العصيان ، ولا شيء على من يسير فيها لعدم تحقق الغصب فى البين ليكون السير فيها موجباً لتحقق التصرف فى مال الغير .

نعم : على رأى المرحوم كاشف الغطاء - قده - يتحقق الغصب حيث ذهب الى أن لكل بلدة توابع ، ومرافق ، ومنتزهات ، ومقابر ، ومزابل ، وما شاكل هذه ، وتكون كل هذه ملكا لاهل تلك البلدة وحينئذ فتكون حيازة المقابر وبنائها موجباً لغصب ملك المسلمين ، وهم أهل تلك البلدة ، وتترتب على ذلك جميع الاحكام المترتبه على المحل المغصوب .

ولكن شيخنا الاستاذ - دام ظله - .

رد نظرية كاشف الغطاء بأن هذه الأمور تبعيتها ليست من تبعية المملوك لمالكه ، بل هو من سنخ الحق فان لاهل كل بلدة أن يتنزهوا فى هذه الحدائق ، ويدفنوا موتاهم فى تلك المقابر ، ويلقوا بالقاذورات فى تلك المزابل وبحيازة هذه الاماكن يكون الشخص مانعاً لهم من إستعمال ذلك الحق المذكور لا أنه غاصب لما تحت أيديهم من الملك .

نعم القبر الذى دفن فيه الميت لا يصح تملكه ، لانه ملك للميت باعتبار حيازة الدافن ذلك المقدار للمدفون فلا يصح أخذه ، وأما ما فوق القبر وكذا بقية الاماكن الأخرى الخالية ، فلا محذور فى البناء عليها إلا - ما تقدم أن بيناه - من المنع من حق المسلمين والحيلولة دون إستعمال حقهم . هذا فيما لو كان بدن الميت وأجزائه باقية وأما لو تلاشى واندرس فللغير أخذ ذلك المكان ، أو الدفن فيه لانه لم يعد هناك من يملك هذا المقدار من الأرض .

قاعِدَة الإلزام

تعريف القاعدة ، ادلة القاعـدة ، ما تدل عليه القاعدة من الحكم الواقعي او الاباحة ، تنبيه ، بقي في البين شيء ، موارد قاعدة الالزام .

تعريف القاعدة :

تطلق قاعدة الالزام ويراد بها ترتيب الآثار الوضعية على الأشخاص من غير الشيعة بما يعتقدونه ، ويدينون به متى كان ذلك فى غير صالحهم وكان مخالفاً لمذهب أهل البيت - عليهم السلام - كالزامهم بأحكام الشفعة ، والميراث ، والطلاق بما ينفردون به عنا .

أدلة القاعدة :

وتنحصر أدلة القاعدة بالأخبار الشريفة الواردة عن الأئمة عليهم السلام وهى كما يلى :

١ - مكاتبة ابراهيم بن محمد الهمدانى ، قال : « كتبت الى أبى جعفر الثانى مع بعض أصحابنا فأتانى الجواب بخطه : فهمت ماذكرت من أمر ابنتك ، وزوجها أصلح الله لك من أمرك ما تحب صلاحه فاما ماذكرت من حنثه بطلاقها غير مرة ، فانظر رحمك الله فان كان ممن يتولانا ويقول بقولنا ، فلا طلاق عليه ، لانه لم يأت أمراً جهله ، وإن كان ممن لا يتولانا ، ولا يقول بقولنا ، فاختلعها منه ، فانه إنما نوى الفراق بعينه » (١) .

(١) الوسائل كتاب الطلاق باب ٣٠ ،الاستبصار ج ٣ ص ٢٩١ .

٢ - ما عن الهيثم ابن أبي مسروق عن بعض أصحابنا ، قال : ذكر عند الرضا عليه السلام بعض العلويين ، ممن كان ينتقصه ، فقال عليه السلام : أما انه مقيم على حرام ، قلت جعلت فداك وكيف وهي إمرأته ؟ قال عليه السلام : لانه قد طلقها ، قلت : كيف طلقها ؟ قال : طلقها ، وذلك دينه فحرمت عليه (١) .

٣ - ما عن عبدالرحمن البصري عن أبي عبدالله عليه السلام ، قال : « قلت له امرأة طلقت على غير السنة ، فقال عليه السلام : تتزوج هذه المرأة لا تترك بغير زوج » (٢) .

٤ - وما عن عبدالله بن سنان ، قال : « سألته عن رجل طلق امرأته لغير عده ثم أمسك عنها ، حتى انقضت عدتها هل يصلح لى أن أتزوجها ؟ قال عليه السلام : نعم لا تترك المرأة بغير زوج » (٣) .

٥ - وما عن علي بن حمزة ، أنه سأل أبا الحسن عليه السلام عن المطلقة على غير السنة أيتزوجها الرجل ، فقال عليه السلام : « الزموهم من ذلك ما الزموا أنفسهم وتزوجوهن فلا بأس بذلك » (٤) .

٦ - وما جاء عن عبدالأعلى ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « سألته عن الرجل يطلق امرأته ثلاثاً فقال عليه السلام : إن كان مستخفاً

---

(١) نفس المصدر حديث ٢ ، الاستبصار نفس الموضع .

(٢) الوسائل كتاب الطلاق باب ٣٠ حديث ٣ ، الاستبصار جزء ٣ ص ٢٩٢

(٣) الوسائل نفس الموضع حديث ٤ ، الاستبصار نفس الموضع .

(٤) الوسائل نفس الموضع حديث ٥ ، الاستبصار نفس الموضع وفي الجزء ٤ منه ص ١٤٨ عن نسخة الزموهم ما الزموا به انفسهم .

بالطلاق الزمته ذلك » (١).

٧ ـ وما عن محمد بن عبدالله العلوى ، عن أبيه قال : « سألت أبا الحسن الرضا عليه السلام عن تزويج المطلقات ثلاثاً ، فقال لى : ان طلاقكم الثلاث لا يحل لغيركم ، وطلاقهم يحل لكم ، لانكم لا ترون الثلاث شيئاً ، وهم يوجبونها » (٢) .

٨ ـ ورواية عبدالله بن طاووس قال : « قلت لابى الحسن الرضا عليه السلام إن لى ابن أخ زوجته ابنتى وهو يشرب الشراب ، ويكثر من ذكر الطلاق فقال عليه السلام : ان كان من اخوانك فلا شيء عليه ، وان كان من هؤلاء فأبنها منه ، فانه عنى الفراق . قال : قلت أليس قد روى عن أبى عبدالله عليه السلام انه قال : إياكم والمطلقات ثلاثاً فى مجلس واحد فانهن ذوات أزواج ؟ فقال عليه السلام : ذلك من اخوانكم لا من هؤلاء ، انه من دان بدين لزمته أحكامهم » (٣) .

٩ ـ وما عن محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام ، قال : « سألته عن الاحكام قال : يجوز على أهل كل ذى دين بما يستحلون » (٤) .

١٠ ـ وما عن عبدالله بن محرز ، « قال : قلت لابى عبد الله عليه السلام ، ترك رجل ابنته ، واخته لأبيه وأمه ، فقال عليه السلام : المال كله لابنته ، ليس للأخت من الأب والأم ، شيء فقلت : وإنا قد

---

(١) الوسائل نفس الموضع حديث ٦ ، الاستبصار نفس الموضع .

(٢) الوسائل نفس الموضع حديث ٨ ، الاستبصار نفس الموضع .

(٣) الوسائل كتاب الطلاق باب ٣ حديث ١٢ .

(٤) التهذيب جزء ٩ ص ٣٢٢ الطبعة الحديثة ، الاستبصار جزء ٤ ص ١٤٨ .

احتجنا الى هذا والرجل الميت من هؤلاء الناس ، واخته مؤمنة عارفة قال : تخذ لها النصف خذوا منهم ما يأخذون منكم فى سنتهم وقضاياهم وأحكامهم » (١) .

١١ - ما عن محمد بن اسماعيل بن بزيع قال : « سألت الرضا عليه السلام ، عن ميت ترك أمه ، وأخوه وأخوات فقسم هؤلاء ميراثه ، فأعطوا الأم السدس ، وأعطوا الأخوه والأخوات ما بقى ، فمات الأخوات فأصابنى من ميراثه فأحببت أن أسألك هل يجوز لى أخذ ما أصابنى من ميراثها على هذه القسمة أم لا ؟ فقال عليه السلام : بلى ، فقلت إن أم الميت - فيما بلغنى - قد دخلت فى هذا الأمر - أعنى الدين - فسكت قليلا ، ثم قال : خذه » (٢) .

ما تدل عليه القاعدة من الحكم الواقعى أو الأباحة :

هذه الأخبار وان اختلف التعبير فيها إلا أنها تشترك جميعاً فى ضابط واحد ، وهو جواز الأخذ ممن دان بدين بمقتضى ما التزم به فى دينه .

وصراحة هذه الاخبار فى هذا المقدار من جواز الاخذ لا غبار عليها ، ولا توقف فيها . ولكن الخلاف فى أن ما تدل عليه هذه الاخبار الشريفة هل هو الحكم الواقعى أو الاباحة الصرفة ؟ والفرق بين هذين واضح فان القول بان ما تفيده القاعدة هو الحكم الواقعى معناه التصويب فمثلا : لو طلق السنى زوجته طلاقا صحيحاً عندهم باطل عندنا فان اعتقاده بصحة ذلك الطلاق يكون موجباً لجعل الصحة واقعاً

---

(١) نفس المصدر ص ٣٢١ الاستبصار نفس الموضع .

(٢) التهذيب . جزء ٩ ص ٣٢٣ .

فى حقه ويكون هذا العنوان عنواناً ثانوياً موجباً لانقلاب الحكم الواقعى فى حقه نظير الانقلاب فى موارد الاضطرار فلو اضطر الانسان الى شرب الخمر - مثلا - فان الاضطرار المذكور يوجب حليته له واقعا .

وأما القول بالاباحة فان الواقع لا يتبدل فى حق - الشخص السنى - بواسطة اعتقاده بصحة ما أوقعه من ذلك الطلاق بل يكون الطلاق فاسداً بالنسبة اليه وتكون الزوجة باقية بعد طلاقه المذكور على الزوجية وأقصى ما فى البين أن الشارع المقدس أباح لنا التزويج بتلك المرأة التى وقع عليها ذلك الطلاق - كما سيأتى توضيح ذلك - فيما بعد - والاشكال عليه .

ويستظهر شيخنا - دام ظله - بان ما تفيده هذه الأخبار ، هو الحكم الواقعى الثانوى ، ويظهر ذلك جليا من الاخبار المتقدمة . ففى مكاتبة الهمدانى نرى الامام الجواد أبا جعفر الثانى عليه السلام يقول « وان كان ممن لا يتولانا ، ولا يقول بقولنا ، فاختلعها منه فانه إنمانوى الفراق » وفى رواية عبدالله بن طاووس يقول الامام الرضا عليه السلام مثل ذلك وفى رواية ابن الهيثم قال عليه السلام « إما أنه مقيم على حرام » . وهكذا الحال فى رواية عبدالرحمن البصرى يقول الامام أبو عبدالله عليه السلام « هذه المرأة لا تترك بغير زوج » . هذه الفقرات المذكورة دلتنا بصراحة على أن الطلاق الذى وقع من الشخص المخالف يكون صحيحا ، واقعا لان تعبير الامام عليه السلام بالاختلاع والابانة لا يناسب بقاء تلك المرأة على زوجيتها ، وأن الطلاق منها غير واقع ، وكل ما فى البين هو إباحة التزوج بها وهكذا قوله عليه السلام - فانه إنما عنى الفراق - أو نوى الفراق - فان نية الفراق ليست إلا قصده ، واعتقاده بصحة طلاقه ، وحينئذ فيكون مجرد صدور الطلاق

منه كافياً بالزامه به وإختلاع الزوجة وإبانتها منه .

ولو لاحظنا قول الامام عليه السلام لا تترك بغير زوج لرأينا ما ذكرناه واضحاً ، فان ذوق المتشرع لا يقبل أن يكون حكمهم عليهم السلام بجواز التزويج بتلك المطلقات من قبيل الزواج بتلك المرأة مع كونها لا تزال معلقة بحبالة الزوج الأول ليكون ذلك من قبيل الاباحة الصرفة .

ولو تأملنا ملياً قوله عليه السلام : - أما أنه مقيم على حرام - لرأيناه واضحاً فى الدلالة على المقصود فان الاقامة على الحرام ، إنما تتم لو كان الطلاق قد وقع من ذلك الشخص فعلا ، فالمرأة إذاً أجنبية عنه وهو مع ذلك يقيم معها ، وحينئذ فيصح التعبير بانه يقيم على حرام وإلا فلو كانت الزوجية باقية ، والطلاق غير صحيح ، فانه لا يقيم على حرام بل يقيم مع إمرأته .

وربما توجه الحرمة فى قوله عليه السلام « فانه مقيم على حرام » بان هذه الحرمة حاصلة بالتجرى الصادر منه لانه مقيم معها ، مع كونه معتقداً لكونها مطلقته .

والجواب عن هذا التوجيه : بان صرف التحريم الى التجرى تأباه طبيعة التعبير المذكور فى الروايات الآنفة الذكر ، وكان الأنسب التصريح به ، لا القول « بانه مقيم على حرام » الظاهر فى اقامته على الزنى . وهذا المعنى هو الذى يظهر من الشيخ الطوسى - رحمه الله - فى الاستبصار ، والتهذيب ، ومن صاحب السرائر ايضاً ، وربما ترقى صاحب السرائر فادعى الاجماع عليه حيث قال :

« وقد روى أصحابنا روايات متظاهرة بينهم ، متناصرة ، وأجمعوا

عليها قولا ، وعملا أنه إن كان المطلق مخالفاً ، وكان ممن يعتقد لزوم الثلث لزمه ذلك ، ووقعت الفرقة ، وإنما لا تقع إذا كان الرجل معتقداً للحق » .

ومن هذا وأمثاله يظهر لنا جلياً ، انهم كانوا يخرجون المسألة على افادتها للحكم الواقعي الثانوي ، بل قد نترقى كما عرفت ، ونقول : أننا نستفيد الاجماع على ذلك ، حسبما تبين لنا من عبارة السرائر فى قوله : «روى أصحابنا وأجمعوا عليها قولا وعملا » .

هذا ولو تنزلنا عن القول ، بان محصل القاعدة المذكورة هو الحكم الواقعي الثانوي ، وأن أقصى ما تفيده هو الزامه بما يدين به ، فبالامكان أن نستدل على صحة هذا النوع من الطلاق الفاقد للشروط عندنا مثلا ، بما نتصيده من كلمات الأئمة عليهم السلام ، حيث نرى الامام الرضا عليه السلام يأمر السائل بالزواج ، من تلك المرأة ، وأن لم تكن فى البين ممانعة من طرف الزوج ، بل كان قد تركها لسبيلها ومضى - كما فى رواية على بن حمزة - أنه : سأل أبا الحسن الرضا عليه السلام عن المطلقة ، على غير السنة أيتزوجها الرجل ؟ فقال عليه السلام : « الزموهم من ذلك ما الزموه أنفسهم ، وتزوجوهن فلا بأس » .

فان أمره عليه السلام بزواجهن ، مع عدم فرض الممانعة فى كلام السائل وترك الاستفصال من جهة الامام ، لم يكن منزلا على مجرد قاعدة الالزام ، إذ لا ممانعة فى البين من طرف الزوج لما هو مفروض ليلزم بما صدر منه ، بل لم يكن أمره بالزواج فيما يظهر إلا لان الطلاق قد حصل ، فيجوز حينئذ للغير التزوج بهذه المرأة .

والرواية وان ذكرت الالزام بظاهرها إلا أنه ليس من باب

مطالبة الزوج بحق وإرجاع زوجته اليه ، بل من باب أنها مطلقة ، وأن الطلاق نافذ فى حقها. فيسأل الامام عليه السلام عن حال تلك المطلقة ، هل يتزوجها الرجل أو لا ؟ . فالجواب : من الامام عليه السلام بعدم البأس بزواجها لدليل على نفوذ ذلك الطلاق الصادر من الزوج الأول .

هذا ما يمكن الاستدلال به للقول بصحة الطلاق ، أو غيره مما هو مورد لقاعدة الالزام ، وان ما تفيده القاعدة هو الحكم الواقعى الثانوى .

أما القول بالاباحة :

وان غاية ما تدل عليه قاعدة الالزام هو مشروعية الالزام بما الزموا به أنفسهم ، فربما ظهر ذلك من صاحب الجواهر ، فى مورد ذكره لجملة من النصوص حيث قال « وغير ذلك من النصوص الدالة على التوسعة لنا فى أمرهم وأمر غيرهم من أهل الأديان » .

ومن هذه العبارة نستفيد أن صاحب الجواهر ينظر الى المسألة بنظر التوسعة فيكون من قبيل الاباحة لنا ، لا من باب الحكم الواقعى الثانوى ولكن ورود عبارة « وأمر غيرهم من أهل الأديان » فى كلامه ربما يشعرنا بانه من قبيل الحكم الواقعى ، إذ الظاهر أن باقى الأديان يكون جرياننا على طبقها معهم من قبيل الحكم الواقعى .

وهناك وجه آخر : وهو أن تكون التوسعة فى كلام صاحب الجواهر من قبيل علة التشريع : بمعنى أن الطلاق منهم - مثلا - الواقع على مذهبهم وان كان مقتضى الدليل الأول فساده ، ولكن الشارع منة وتوسعة علينا حكم بصحته فيكون حال هذه الجملة حال قوله عليه السلام

فى باب الغنائم : « وأحل ذلك لشيعتنا لتطيب بذلك موالدهم » وممن اختار القول بالاباحة المرحوم الشيخ حسن آل كاشف الغطاء فى كتابه أنوار الفقاهة ـ حسبما نقل عنه المرحوم الشيخ محمد جواد البلاغى فى رسالته ـ فقال :

« فظهر مما ذكرنا أن طلاق المخالفين يمضى عليهم ، وان كان فاسداً عندنا ، وهذا الحكم عام لكل صور الطلاق على غير السنة سواء تعلق بمؤمنة ، أو بمخالفة فانه يحكم بوقوعه على وفق مذهبه بالنسبة الينا ، وان كان فاسداً فى الواقع ، وكذا بالنسبة اليهم ، ولا منافاة بين البطلان وبين اجراء حكم الصحة بالنسبة الينا لطفاً منه فهى وان كانت زوجة لهم ولكنه حلال لنا ، وحرام عليهم ، أو يقال هو صحيح من وجه ، وفاسد من وجه آخر ، ولو استبصر جرت عليه الأحكام الماضية ، كما تجرى علينا ، ولا يلزم إعادة ما نقله من العقود والايقاعات الباطلة بالنسبة الينا ، الخ .

وعبارته هذه تعطينا بصراحة رأى الشيخ ، وانه القول بالاباحة ولكن لنا أن نتسائل عن معنى عبارته السابقة .

« ولو استبصر المخالف جرت عليه الأحكام الماضية كما تجرى علينا » ومعنى ذلك أن مثل هذا الطلاق بالثلاث يكون نافذاً عليه بعد استبصاره كما أنه نافذ علينا أيضا فيجوز لنا تزوج تلك المرأة ، وان استبصر زوجها ـ إلا ـ أن ذلك مناف لكون ذلك من قبيل الاباحة فان مقتضى الاباحة ، هو عودة الزوجية له بمجرد الاستبصار .

وأحسن ما يقال فى توضيح عبارة المرحوم الشيخ حسن كاشف الغطاء أو توجيهها على القول بالاباحة ما قيل ، من أن الأمر بالتزويج

والاختلاع ، والأبانة ، والأخذ . لا يدل على الصحة ، بل من الجائز تشريع تزويج زوجة المخالف فتخرج عن الزوجية بذلك » .

وقد تأمل شيخنا - دام ظله - فيما دلت عليه هذه العبارة متوقفاً فان خروج المرأة عن الزوجية إن كان قبل التزويج ، فهو ما ذكرناه من انها قد بانت منه قبل الزوجية الجديدة ، أى بمجرد طلاقه لها وإن كان بعد التزويج ، فهذا مما يحتاج الى دليل لان عقد التزويج اذا ورد عليها ، وهى فى حبالة زوجها الأول لا يكون تزويجها موجباً لانسلاخ زوجيتها ، فكيف يصح له أن يقول : « فتخرج عن الزوجية بذلك » . فانا اذا صححنا تزويج المخالفة لا يكون التزويج موجباً لخروجها عن الزوجية الأولى .

- بل - ينبغى لنا أن نقول : أن زوجيتها الأولى باقية ، وان كنا قد تزوجناها ، فتكون زوجة للاول حقيقة ، وتكون زوجة للثانى بمقتضى الالزام - وهذا لا يخلو عن غرابة - .

وفى موضع آخر قال مستدلا على الاباحة :

« ومن المعلوم أن إرتكاب ذلك فى مقام الجمع بين الأدلة أهون من البناء على صحة الطلاق الفاقد للشرائط ، بل هو مقتضى الجمع العرفى بين الادلة الاولية ، وبين هذه النصوص » .

ويعلق شيخنا - دام ظله - على ذلك بانه لم كان ذلك أهون ؟ ولماذا لم نقل أن صحة الطلاق ، باعتبار كونه معتقداً لصحته يكون من قبيل الأحكام الواقعية بعناوينها الثانوية الذى لا تخلو روايات الباب من الاشعار به - كما مر عليك - .

ومما يستدل به على القول بالاباحة ، وعدم استفادة الحكم الواقعى

الثانوى ما ورد فى رواية محمد بن عبدالله العلوى :

قال : سألت أبا الحسن الرضا عليه السلام ، عن تزويج المطلقات ثلاثا فقال ، عليه السلام : إن طلاقكم الثلاث لا يحل لغيركم ، وطلاقهم يحل لغيرهم » .

ومحل الشاهد فى هذه الرواية هو قوله عليه السلام : « إن طلاقكم الثلاث لا يحل لغيركم » .

فيقال : بان المستفاد من قاعدة الالزام هو البينونة ، وصحة الطلاق فان طلاق الشيعى الثلاث بنحو ما يعملونه ، وان لم يكن صحيحا عندنا - أى عند الشيعة - إلا أنه صحيح عند السنة ، لانه موافق لمذهبه فعلى هذا لابد أن يكون حلالا لغيرنا .

ومن عدم الحلية نستفيد أن الموضوع لا يخرج عن كون الزوجية باقية ، وأن الطلاق لا يقع صحيحا ولهذا لا يحل لمخالفينا .

أما أن طلاقهم يحل للشيعة ، فهو كذلك لعدم حصول الطلاق . إلا أنه توسعة من الشارع المقدس ، واباحة لذلك فقد أجاز لنا التزويج بنسائهم ، ويكون حال هذا كحال من لم ير العقد بالفارسية صحيحا ، مع انه عقد بذلك ، فان من يرى صحة ذلك العقد يصح له أن يرتب الآثار ، وان كان الذى صدر منه العقد لا يرى صحة ذلك .

وأجاب شيخنا - دام ظله - .

عن هذا الاستدلال - بانا حيث نقول : بان الطلاق يكون موجباً للبينونة ، ويكون حكماً واقعياً ثانوياً ، فانما هو فى خصوص مالو كان المطلق يعتقد صحة الطلاق ، فهذا غير داخل فيما ذكرناه وليس هو من قبيل العقد بالفارسية ، لان العقد بالفارسية يكون موجباً لتحقق النقل

والانتقال عند كل من يرى أن العقد بالفارسية صحيح ، وان كان موقع العقد لا يعتقد بذلك .

والآن ـ وبعد أن عرفت أن محصل قاعدة الالزام ، هو الحكم الواقعي الثانوي ـ فلابد من الانتقال الى بحث جديد ذلك هو : أن هذا الحكم الثانوى هل هو محدود بما دام الشخص باقياً على خلافه ؟ لتكون العلة ـ مادامية ـ أو أنه لا يكون محدوداً بذلك ، بل يبقى الحكم المذكور ملزماً به ، وان ارتفع الوصف عنه بان كان قد تشيع بعد ذلك . و ـ كما عرفت ـ أن ثمرة هذا البحث تظهر فيما لو تشيع المخالف فيما بعد ، فهل تكون الزوجة مبانة منه أو لا ؟

اختار شيخنا : الثاني ، وان الحكم لا يكون محدوداً لان الخلاف علة محدثة ، ومبقية فى الوقت نفسه ، ولا ينفع فيه زوال الاعتقاد بعد ذلك بالاستبصار .

ويستدل على ذلك برواية عبدالأعلى ، عن أبي عبد الله عليه السلام عن الرجل يطلق إمرأته ثلاثاً قال عليه السلام : إن كان مستخفاً بالطلاق الزمته ذلك .

بناء على أن ظاهر قوله عليه السلام : « إن كان مستخفاً بالطلاق الزمته ذلك ، حين صدوره منه ، بل يمكن دعوى ظهور ذلك فى الحيثية . وكذلك الحال فى مكاتبة الهمدانى ، وعبدالله بن طاووس فى قوله عليه السلام فان كان ممن لا يتولانا ولا يقول بقولنا فاختلعها منه ، فانه إنما عنى الفراق ، وقد عرفت أن المراد من نية الفراق فى مثل ذلك هو قصده عن اعتقاد بصحته ، وحينئــذ فيكون مجرد صدور الطلاق على وفق

مذهبه كافياً فى الزامه به ، فلا يكون استبصاره بعد ذلك مؤثراً فى دفع ذلك الحكم عنه .

مضافاً الى أن هناك ما يوجب كون العلة محدثة ، ومبقية لا أنها ما داميه . هو أن هذا النوع من الأحكام من الطلاق ، والبينونة لا يقبل التقييد بالدوام - ما دام القيد الفلانى موجوداً - بل يكون صدور مثل هذه الأحكام موجباً لدوامه ، ويكون حاله حال العتق والابراء ، ونحوه مما لا يقبل التقيد بالدوام ، فلا يصح القول للعبد العادل ، أو الأمين (أنت حر ما دمت عادلا) أو (أنت حر ما دمت أميناً) أو (أنت حر ما دمت حياً) .

تنبيه :

لابد لنا من بيان أن من يقول بان العلة مادامية ، فيكون الحكم دائراً مدار وجود العلة ، لا يقول بذلك على الاطلاق . وإنما يقول به فيما اذا لم يترتب أثر على تلك الأشياء ، التى صدرت منه حال وجود الوصف عنده ، أما لو ترتب الأثر فلا .

ومثال ذلك : مالو طلق السنى زوجته بطلاق باطل عندنا صحيح عندهم ، كأن قال لها - أنت طالق ثلاثاً - ولزمت الزوجة عدة لذلك الطلاق ، وانقضت العدة ، وتزوجت بعد كل ذلك بشخص آخر ، فهنا لو تشيع الزوج ، فلا يمكن له الرجوع بزوجته إذ لا شك فى صحة العقد الجديد ، سواء قلنا ببقاء الالزام ، أو لم نقل . نعم لو كان العقد الجديد واقعاً فى أثناء عدتها ، أمكن القول بالبطلان .

ويشهد له ما ورد فى صحيحة - محمد بن اسماعيل بن بزيع

ـ المتقدمة : سألت الرضا عليه السلام عن ميت ترك أمه واخوة وأخوات فتقسم هؤلاء ميراثه ، فأعطوا الأمم السدس ، وأعطوا الأخوة والاخوات ما بقى ، فمات بعض الأخوات ، فأصابنى من ميراثه ، فأحببت أن أسألك ، هل يجوز لى أن أخذ ما أصابنى من ميراثها على هذه القسمة أم لا ؟ فقال : بلى . فقلت : أن أم الميت فيما بلغنى قد دخلت فى هذا الأمر ـ أعنى الدين ـ فسكت قليلا ، ثم قال عليه السلام : خذه .

وطريق الاستشهاد بهذه الرواية ، هو أن التشيع لم ينفع فى الغاء الآثار السابقة لوجود الأثر ، وهو التملك فان الورثة تملكوا ما وصل اليهم من التعصيب بناء على مذهبهم ومذهب الميتة ، وحيث كان التملك أثراً ، فلا ينفع التشيع بعد ذلك ، وعلى الأخص فى فرض مسألتنا فان التملك كان بدرجتين :

الأول ـ تملك الطبقة الاولى من الاخوة ، والاخوات من الميتة .

الثانية ـ تملك ـ ابن بزيع ـ نفسه من أحد المالكين بواسطة الارث منها بلا فصل ، وهى والدته ، وهذه الآثار توجب عدم فائدة التشيع ، ويكون حال التملك حال حصول الزواج من المرأة المطلقة .

بقى فى البين شىء :

وهو أنك بعد أن عرفت أن رأى شيخنا الاستاذ ـ دام ظله ـ أن محصل قاعدة الالزام ، هو الحكم الواقعى الثانوى ، وأن العلة محدثة ومبقية ، فحينئذ لا يمكن لمن تشيع من السنة أن ينقض ما أبرمه سابقاً فى حال التزامه بأحد المذاهب الاربعة من طلاق ، أو ميراث أو غير ذلك من صغريات القاعدة . هذا ماتم الى الآن . ولكن هل لنا طريق

نتمكن بواسطته من تصحيح رجوع الشخص الذى كان سنياً فتشيع بزوجته وان قلنا بصحة الطلاق السابق فى مورد من طلق فى حال التسنن ، أو غير مورد الطلاق من الموارد ؟

ويجاب عن ذلك بالايجاب :

فان لنفس التشيع خصوصية فيكون رافعاً لتمام الآثار التى حصلت فى السابق حينما كان سنياً .

ويستدل له بما تضمنته مكاتبة على بن سويد عن أبى الحسن موسى عليه السلام ذكرها فى الوسائل فى باب من طلق مرتين أو ثلثاً أو اكثر مرسلة من غير رجعة ـ الى أن قال ـ فأما من دخل فى دعوتنا فقد هدم ايمانه ضلاله ، ويقينه شكه ، ويكون موضع الاستشاد فى هذه الرواية قوله عليه السلام : « وأما من دخل فى دعوتنا » فهو شامل لجميع الآثار السابقة حتى حرمة الزوجة على زوجها ، لو طلقها طلاقاً فاقداً لبعض الشروط عندنا جامعاً لكل الشروط عندهم .

إلا أن الصحيح خلاف ذلك لعدم استفادة الاطلاق من مثل هذه الرواية المذكورة ، حتى بالنسبة الى ما نحن فيه من هذه الآثار .

ويؤيده فرض ما لو تزوج ، بمن هى حلال عندهم ، حرام عندنا ، كمن زنى بذات البعل ، ثم تزوج بها ، ودخل فانهم لا يقولون بحرمتها على الزانى ، وعليه فلو تزوجها وتشيع بعد ذلك ، فالظاهر حرمتها عليه وان قلنا بصحة نكاحه ما دام سنيا .

وكذا لو تزوج بغير هذه ممن كانت حرام عندنا ، وحلال عندهم فان تشيعه يحتم عليه تركها ، وان كان عمله السابق صحيحا ، وأولاده يلحقون به . وهذا يؤيد أن التشيع لا يكون موجبا لرفع جميع الآثار

التى كانت مترتبة فى السابق ، وقد تطرق لمثل ذلك فى الجواهر فى مواضع منها عند شرح قول المصنف قدس سره :

« وإذا أسلم الذمى على اكثر من اربع » ومنها فى كتاب الحدود فراجع هناك :

موارد قاعدة الالزام

موارد قاعدة الالزام كثيرة ، فكما سبق أن للشيعى الزام غيره من العامة بما يدين به وتطبيق ذلك عليه ما دام ملتزما به وليس من السهل أن تحصى جميع تلك الموارد على سبيل الضبط ولكننا نتطرق الى البعض منها على سبيل التوضيح :

المورد الأول ـ النكاح :

ويشتمل على فروع عديدة :

الفرع الاول ـ الاشهاد فى النكاح .

من المعلوم أن الشيعة الامامية لا ترى وجود الشهادة مما يتوقف عليه عقد النكاح ، بعكسه فى الطلاق حيث يوجبون حضور شاهدين عدلين .

وأما العامة فقد ذهبوا الى ضرورة وجود الشاهدين فى عقد النكاح وإلا لما كان العقد صحيحا قال فى الفقه على المذاهب الاربعة ج ٤ ص ٢١ « الشرط الرابع من شروط النكاح الشهادة فلا تصح إلا بشهادة ذكرين بالغين عاقلين عدلين » .

وبناء على هذا فان قاعدة الالزام تجرى فى حق كل سنى تزوج إمرأة شيعية ولم يحضر العقد شاهدان فان هذه المرأة ليست بزوجة على مذهبه . وحينئذ فيلزم هذا الشخص بتطبيق تمام الآثار المترتبة على بطلان كل نكاح لم تحصل فيه الشهود أو حصل ولكنهما امرأتان على رأى أبى حنيفة لان من دان بدين لزمته أحكامه ومن تلك الأحكام انها لا ترثه ولا تستحقه النفقة ولا ينفع لهذه المرأة أنها زوجة على مذهبها لان قاعدة الالزام الجارية فى حق الزوج فرضت انفصال كل منهما عن الاخر إذ لا يتبعض الحكم الشرعى هنا فلا يمكن القول بانهـا زوجة على مذهبها وليست بزوجة على مذهبه بل أن الزوجيـة قد انقطعت بمجرد جريان قاعدة الالزام وكان هـذا حكماً واقعياً ثانوياً جار على كلا الطرفين .

الفرع الثانى ـ الجمع بين العمة والخالة وبنت الأخ أو الأخت .

من المحرمات عند العامة الجمع بين العمة ، وبنت الأخ والخالة ، وبنت الأخت وان نزلت البنت . وقالوا ببطلان العقد على المتأخرة قال فى الفقه جزء ٤ ص ٦٨ « يحرم الجمع بين اثنتين إذا فرضت كل واحدة منهما ذكراً حرم النكاح بينهما ، فيحرم الجمـع بين الاختين ـ الى قوله ـ وكذلك الجمع بين البنت ، وعمتها ، أو خالتها فاننـا لو فرضنا واحدة منهما ذكراً لم يحل له أن ينكح الأخرى » .

وأما الشيعة فلم يروا فى ذلك بأساً اذا حصل الرضا من الزوجة .

قال المحقق الحلى فى شرائعه فى الفصل الرابع من كتاب النكاح « ومن توابـع المصاهرة تحريم أخت الزوجة جمعاً لا عيناً وبنت أخت الزوجة وبنت أخيها إلا برضاء الزوجة .

وحينئذ فلو كانت للسنى زوجة وأدخل عليها بنت أخيها أو اختها برضائها فهى زوجة عند الشيعة وليست بزوجة عندهم لان عقد هذه متأخر عن الزوجة وعليه فلابد من الزامهم بجميع الآثار المترتبة على فساد المتأخرة ، وتحريم ذلك العقد ولهذا الفساد آثار كثيرة فللشيعى تطبيقها الزاماً لهم بما يدينون به .

الفرع الثالث ـ العدة على اليائسة :

قال العلامة الحلى ـ رحمه الله ـ فى تبصرته ،كتاب الطلاق عند التعرض للبحث عن العدد « لا عدة فى الطلاق على الصغيرة واليائسة وغير المدخول بها » .

وفى الفقه على المذاهب فى الجزء الرابع ص ٥٤٩ قال : « تعتد المطلقة الآيسة من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ طلاقها وقد عرفت أن المطلقات الآيسات من المحيض نوعان : أحدهما الصغيرة التى دون تسع سنين ـ الى قوله ـ ثانيتهما : الكبيرة وفى سن أياسها التفصيل المتقدم » .

وحينئذ فقاعدة الالزام تلزم من كان من العامة يرى ثبوت العدة على هاتين الآيسه والصغيرة أن لا يعقد فى عدتهم على الأخت وسائر من يحرم عندهم الجمع بينهما وكذلك لا يجوز عقده على الخامسة مادامت فى العدة وهكذا بقية أحكام العدة .

المورد الثانى ـ الطلاق الفاسد :

وفيه فروع :

الفرع الأول - طلاق الثلاث من غير رجعة .

فلو طلق السنى زوجته بقوله : « أنت طالق ثلاثا » كان عندهم صحيحا وعند الشيعة باطلا وتجرى فيه قاعدة الالزام .

قال فى الفقه على المذاهب الأربعة الجزء ٤ ص ٣٤١ ما يلى :

« فاذا طلق الرجل زوجته ثلاثا دفعة واحدة ، بان قال لها : أنت طالق ثلاثا لزمه ما نطق به من العدد فى المذاهب الأربعة وهو رأى الجمهور » .

قال المحقق الحلى - رحمه الله - فى شرائعه ، كتاب الطلاق . عند التعرض لاقسام الطلاق .

« فالبدعة ثلاث طلاق الحائض بعد الدخول مع حضور الزوج معها ومع غيبته دون المدة المشترطة وكذا النفساء أو فى طهر قربها فيه وطلاق الثلاث من غير رجعة بينهما والكل عندنا باطل لا يقع معه طلاق » .

ويقع البحث فى هذا الفرع فى صورتين :

الأولى - فيما لو أراد أحد الشيعة الزواج بتلك المطلقة .

الثانية - لو تشيع الزوج بعد أن كان سنيا وكان قد طلق زوجته على النحو المذكور وأراد التزويج من تلك المرأة بعد ذلك فهل يجوز ذلك ، ويسوغ له الاقدام عليها حاله فيها كحال بقية الشيعة أم لابد لها من زوج يحللها عليه عملا بمقتضى الآية الكريمة : « الطلاق مرتان فامساك بمعروف أو تسريح باحسان - الى قوله - فان طلقها فلا تحل له حتى تنكح زوجا غيره » .

والمفروض أن هذه المرأة مطلقة ثلاثا على مذهبه حين كان سنيا

فيكون ملزماً بما يقتضيه مذهبه السابق .

أما الصورة الأولى ـ فلا إشكال فى جواز التزوج بهذه المرأة لغير الزوج لان هذا الأثر هو مورد النصوص المتقدمة ، والدالة على أن الزوجة تبين منه واقعاً طبقاً للمصلحة الثانوية، ولا يقف شيء فى طريق هذا الزواج .

الصورة الثانية ـ وحيث عرفت أن محل الالزام هو الحكم الواقعى الثانوى ، فبهذا يقع الطلاق صحيحاً منه ، وبما أن هذا الحكم لا يكون محدوداً ، بما دام سنياً بل أن تسننه يكون علة فى تحقق الحكم بالانفصال وبقائه فحينئذ لا فائدة فى تشيعه بعد ذلك ولا يتمكن من الرجوع اليها بدون محلل شرعى .

الفرعان الثانى ، والثالث ـ طلاق المرأة فى حال الحيض ، وطلاقها

فى طهر واقعها فيه قال فى كتاب المغنى لابن قدامة الجزء ٧ ص ٩٩ مايلى :

« فصل فان طلق للبدعة وهو أن يطلقها حائضاً أو فى طهر أصابها فيه أثم ووقع طلاقه فى قول عامة أهل العلم الخ » .

وقد تقدم فى الفرع الأول نص كلام المحقق الحلى فى بطلان الطلاق فى هاتين الحالتين فراجع وحينئذ فيجوز للشيعى أن يتزوج بتلك المطلقة الزاماً لهم بما يدينون به من صحة الطلاق ووقوعه .

الفرع الرابع ـ طلاق السكران :

قال ابن قدامة فى الجزء ٧ من المغنى ص ١١٤ .

« مسألة قال وعن أبى عبدالله رحمه الله فى السكران روايات رواية يقع الطلاق ورواية لا يقع » وفى الشرح يقول وتبقى فى المسألة روايتان إحداهما يقع طلاقه إختارها أبو بكر الخلال والقاضى وهو

مذهب سعيد بن المسيب وعطاء ومجاهد والحسن وابن سيرين والشعبي والنخعي الى قوله : « والشافعي فى أحد قوليه وشبرمه وأبى حنيفة الخ » راجع أيضاً بداية ابن رشد جزء ٢ ص ٨٩ .

قال المحقق الحلى - رحمه الله - فى شرائعه : « الشرط الثانى العقل فلا يصح طلاق المجنون ولا السكران ولا من زال عقله باغماء أو شرب مرقد لعدم القصد » كتاب الطلاق . وعلى هذا فان قاعدة الالزام تقضى بالزواج لمطلقة السكران وترتيب بقية الآثار الخاصة بطلاقها منه وتزوجها بغيره .

الفرع الخامس - طلاق المكره :

قال المحقق فى شرائعه من كتاب الطلاق ما يلى :

الشرط الثالث الاختيار فلا يصح طلاق المكره .

وجاء فى المغنى لابن قدامة جزء ٧ ص ١١٨ ما يلى :

« لا تختلف الرواية عن أحمد أن طلاق المكره لا يقع - الى قوله - وأجازه أبو قلامة والشعبي والنخعي والزهرى والثورى وأبو حنيفة وصاحباه لانه طلاق من مكلف فى محل يملكه كطلاق غير المكره » .

ومورد الالزام فى ذلك أن المطلق لو كان تابعاً لابى حنيفة وغيره ممن يصحح طلاق المكره فللشيعي الزامه بذلك واعتبار زوجته منفصلة عنه واجراء كافة الأحكام المترتبة على عدم الزوجية بين الطرفين .

الفرع السادس - الطلاق المعلق :

قال ابن رشد فى بدايته ج ٢ ص ٧٩ « وأما تعليق الطلاق

بالافعال المستقبلة فان الأفعال التى يعلق بها توجد على ثلاثة أضرب أحدها ما يمكن أن يقع أو لا يقع على السواء كدخول الدار وقدوم زيد فهذا يقف وقوع الطلاق فيه على وجود الشرط بلا خلاف » الى آخر ما ذكره هنا من وقوع الطلاق المعلق بأنواعه .

وأما الجعفرية ، فقد قال فى الجواهر ـ تعليقاً على قول صاحب الشرائع فى هذا الخصوص فى كتاب الطلاق الركن الثالث فى البحث عن الصيغة ـ : « ويشترط فى الصيغة تجردها عن التعليق على الشرط المحتمل وقوعه نحو أن جاء زيد وعلى الصفة المعلوم حصولها نحو اذا طلعت الشمس فى قول مشهور بل لم أقف فيه على مخالف منا بل فى الانتصار والايضاح والتنقيح والروضة ومحكى السرائر وغيرها الاجماع عليه وهو الحجة » .

ومن البديهى أن العامة تقول بحصول الطلاق لو تحقق ما علق عليه وبناء على هذا فان لغيرهم الزامهم بذلك وترتيب جميع الآثار على ذلك .

الفرع السابع ـ الحلف بالطلاق :

قال ابن رشد فى بدايته جزء ١ ص ٣٩٧ « واتفق الجمهور فى الايمان التى ليست أقساماً بشىء وإنما تخرج مخرج الالزام الواقع بشرط من الشروط مثل أن يقول القائل فان فعلت كذا فعلى مشى الى بيت الله أو أن فعلت كذا وكذا فغلامى حر أو امرأتى طالق انها تلزم فى القرب وفيما اذا التزمه الانسان لزمه بالشرع مثل الطلاق والعتق واختلفوا هل فيها كفارة أم لا » .

وقال المحقق الحلي - رحمه الله - في شرائعه في البحث عما تنعقد به اليمين من كتاب الايمان : « ولا ينعقد اليمين بالطلاق ولا بالعتاق ولا بالتحريم ولا بالظهار » .

وحينئذ فلو حلف العامي أن لا يفعل شيئا وإلا فامرأته طالق وصادف أن فعل ذلك الشيء فان امرأته طالقة منه طبقا لما يدين به ويرتب الشيعي عليها جميع الآثار التي تترتب على الفرقة والطلاق .

الفرع الثامن - الطلاق بالكتابة :

قال المحقق في شرائعه في البحث عن صيغة الطلاق « ولا يقع الطلاق بالكتابة ولا بغير العربية » ، وفي الفقه على المذاهب الأربعة بين رأي المذاهب الأربعة بالنسبة الى كتابة الطلاق ووقوع الفرقة به راجع من ص ٢٨٩ الى ص ٢٩٥ من الجزء الرابع .

والالزام يتحقق أيضا لو طلق العامي زوجته بان كتب ذلك لها ولم يتلفظ به مع قدرته على ذلك فهي مطلقة على مذهبه وزوجة على مذهب الشيعي ولكن قاعدة الالزام تفرض وقوع الطلاق الزاما لهم بما ذهبوا اليه .

الفرع التاسع - طلاق من كان جاهلا بالحكم :

وتصوير هذا الفرع يكون فيما لو كان لشخص من الجعفرية زوجة سنية فطلقها بغير شهود جاهلا ببطلان هذا الطلاق عندنا ، أو كان ملجئا من قبلها على ايقاع مثل هذا الطلاق فان هذا الطلاق يكون صحيحا عندهم باطلا عندنا .

إذ الاشهاد واجب فى النكاح لا فى الطلاق على العكس عند الجعفرية فانما هو واجب الاشهاد حين الطلاق لا النكاح .

وحينئذ فالزوج وان كان مذهبه يقتضى عدم وقوع مثل هذا الطلاق إلا ان جريان قاعدة الالزام فى الزوجة يكون موجبا لانفصام عرى الزوجية وبينونة كل منهما عن الآخر كحكم واقعى ثانوى فلا يتوارثان ولا نفقة لها عليه بل ترتب جميع الآثار المترتبة على الطلاق .

هذه فروع الطلاق . ولو تأملنا لرأينا للطلاق فروعا كثيرة ولكن الضابط هنا هو الزام السنة بكل طلاق فاسد عندنا صحيح عندهم وترتيب جميع الآثار على ذلك لان من دان بدين لزمته أحكامه .

المورد الثالث ـ البيع :

الفرع الأول ـ الشراء بالوصف :

قالت الشافعية بان من يشترى شيئا بالوصف ، فله الخيار عند رؤيته وان كان المبيع حاويا على الوصف المذكور قال فى الفقه جزء ٢ ص ٢١٤ .

« الشافعية قالوا : لا يصح بيع الغائب عند رؤية العاقدين أو أحدهما سواء كان المبيع غائبا عن مجلس العقد رأسا أو موجوداً به ولكنه مستتر لم يظهر لهما ـ الى قوله ـ فانه ما دام غائبا عن رؤيتهما فان بيعه لا يصح على أى حال » .

وعلى هذا فيلزم من كان شافعيا بهذه الصورة ويثبت لنا الخيار عليه لو اشترينا من أحدهم بالوصف ، وعدم الرؤية وان كان حاويا على الوصف المذكور لان ذلك هو مورد الالزام لهم بما يدينون به .

الفرع الثانى ـ الزيادة المتميزة :

لو اشترى الشخص أمة فحملت منه وولدت عنده ثم وجد بها عيباً سابقاً على العقد فقد قالت المالكية بانه ليس له ردها وحدها بل يرد الولد معها أما الحنفية فقد قالوا بعدم الرد وعليه الأرش .

قال فى كتاب الرحمة على هامش الميزان جزء ٢ ص ٢٠٥ .

« فصل اذا زاد المبيع زيادة متميزة كالولد والثمره أمسك الزيادة ورد الأصل عند الشافعى وأحمد وقال مالك إن كانت الزيادة ولداً رد مع الأصل أو ثمرة أمسكها ورد الأصل وقال أبو حنيفة حصول الزيادة فى يد المشترى يمنع الرد بالعيب بكل حال .

أما الجعفرية فقد منعوا رد الجارية بعد وطئها قال الشيخ الأنصارى ـ قدس سره ـ فى مكاسبه ص ٢٥٥ طبعة ايران الحديثة « فرع لا خلاف نصاً وفتوى فى أن وطىء الجارية يمنع عن ردها بالعيب » إذاً فوطىء الجارية يمنع من ردها عند الجعفرية وأما لو ولدت منه فانها تنعتق عليه لانها تكون أم ولده ولا معنى للرد حينئذ .

والالزام فى هذا الفرع يتحقق بالنسبة الى المالكى فانه لو اشترى جارية ووطئها فحملت منه وولدت له ولداً ووجد بعد ذلك بها عيباً سابقاً فان الالزام له يقضى باجباره برد الاثنين الأم والولد لأنه يدين بذلك فيلزم به .

المورد الرابع ـ الخيار :

الفرع الأول ـ خيار الشرط :

قالت المالكية : أن خيار الشرط يجوز بقدر الحاجة ، وقال

أبو حنيفة والشافعى لا يجوز الخيار اكثر من ثلاثة أيام . قال فى الفقه على المذاهب الاربعة ج ٢ ص ١٧٨ .

« المالكية قالوا تنقسم مدة خيار الشرط بالنسبة الى المبيع الى أربعة أقسام :

الأول فى بيع العقار والخيار فى هذا يمتد الى ستة وثلاثين يوماً وثمانية وثلاثين (وبقية الأقسام من هذا القبيل) والشافعية والحنفية يشترطون ثلاثة أيام ، والحنابلة يشترطون فى مدة الخيار أن تكون معلومة ، ولا حد لها ، وإنما الذى لا يصح هو أن يشترطاه مدة مجهولة كبعتك بالخيار متى شئت » :

أما الشيعة فلا تقيده بوقت قال المحقق الحلى - رحمه الله - فى شرائعه بحث الخيارات من كتاب التجارة ما يلى « الثالث خيار الشرط وهو بحسب ما يشترطانه أو أحدهما لكن يجب أن يكون مدة مضبوطة ولا يجوز أن يناط بما يحتمل الزيادة والنقصان كقدوم الحاج »، وحينئذ فللجعفرى الزام غيره من اتباع هؤلاء بتحديد مدة الشرط وعدم التجاوز عن ذلك .

الفرع الثانى - خيار الغبن :

قال فى المغنى لابن قدامة ج ٣ ص ٥٨٤ : « فصل ويثبت الخيار فى البيع للغبن فى مواضع - الى قوله - الثالث : المسترسل إذا غبن غبناً فاحشاً تخرج عن العادة فله الخيار بين الفسخ والامضاء وبهذا قال مالك وقال ابن أبى موسى وقد قيل وليس له فسخه وهذا مذهب أبى حنيفة والشافعى لان نقصان قيمة السلعة مع سلامتها لا يمنع لزوم

العقد كبيع غير المسترسل وكالغنى اليسير » .

أما الشيعة فقد قال المحقق ـ رحمه الله ـ فى شرائعه :

« الرابع من اشترى شيئاً ولم يكن من أهل الخبرة فظهر فيه غبن لم تجر العادة بالتغابن به كان له فسخ العقد إذا شاء ولا يسقط ذلك الخيار بالتصرف اذا لم يخرج عن الملك أو يمنع مانع من رده كالاستيلاد من الأمة والعتق ولا يثبت به أرش ، أما الالزام فى ذلك فان المغبون لو كان حنفياً أو شافعياً الزم بما يدين به من عدم ثبوت الخيار فيسقط خياره لو تبين أنه مغبون فى معاملة وذلك تطبيقاً للقاعدة عليهم .

الفرع الثالث ـ خيار التصريه :

التصرية هى جمع اللبن وحبسه فى الضرع يفعله البائع لتكبير ضرع الشاة فيغتر المشترى بذلك ويشتريها ظنا منه أن عظم الضرع طبيعى لها ، قال فى الفقه جزء ٢ ص ٢٠٢ الحنفية قالوا : اذا اشترى المصراة فليس له ردها بذلك مطلقا ، وإنما له المطالبة بالتعويض عما نقص من قيمتها بذلك العيب :

وأما الجعفرية فقد قالوا بان للمشترى الخيار فى ذلك ، ففى كتاب اللمعة ـ حيث تعرض الى التدليس وأن به الخيار للمشترى ـ قال : « وكذا التصرية : وهى جمع لبن الشاة وما فى حكمها فى ضرعها يتركها بغير حلب ولا رضاع فيظن الجاهل بحالها كثرة ما يحلبه فيرغب فى شرائها بزيادة وهو تدليس محرم وحكمه ثابت .

وترتيباً على هذا فلو اشترى شخص من العامة شاة وكانت مصراة فللبائع الامتناع من ردها لسقوط خيار المشترى إذا كان من العامة وعلى حسب ما يدينون به .

المورد الخامس : الميراث :

الفرع الأول - التعصيب :

التعصيب هو توريث ما فضل عن السهام المقررة فى الشريعة الاسلامية الى عصبة الميت - وهم على حسب تقسيم العامة - العصبة بالنفس ، والعصبة بالغير ، والعصبة مع الغير ولزيادة التوضيح وبيان معرفة هؤلاء تفصيلا راجع جميع كتب العامة .

ومسألة التعصيب أشهر من أن يطالب لها بدليل فبتوريث العصبة ، قالت العامة : وهى من أظهر موارد قاعدة الالزام فمثلا لو مات الشخص وخلف أخا وبنتاً فقد ذهبت الجعفرية الى إعطاء البنت نصف تركة الميت فرضاً واعطائها النصف الآخر رداً وعدم إعطاء الأخ والذى هو العم شيئا لانه يأتى فى الطبقة المتأخرة عن الابناء وان نزلوا .

أما العامة فقد ذهبوا الى اعطاء البنت نصفها وإعطاء العم مافضل من التركة لانه من عصبة الميت وهو يمنع البنت ما يزيد على سهمها المقرر لها .

والآن ، فلو كان المتوفى سنياً - فى المثال المذكور - والبنت أيضا سنية والعم جعفريا فيحق للعم أخذ ما يصله من الميراث تعصيبا وان كان لا يستحقه بحسب مذهبه لانه حق البنت رداً إلا أن الزامهم

بما الزموا به أنفسهم يعطيه هذا الحق والأخذ منهم ما يورثونه. وعلى هذا يكون الحال فى جميع العصبة لو كانوا من الشيعة فهم يأخذون منهم ما يورثونهم طبقا لما تقتضيه قاعدة الالزام.

الفرع الثانى - إرث الزوجة:

التزمت العامة بتوريث الزوجة مما تركه الزوج وفى هذا الصدد يقول حسين على الأعظمى فى مواريثه ص ١٨٩.

« وارث الزوجة يكون من جميع تركة زوجها نقوداً ، أو عروضا ، أو أراضى مملوكة ، أو بساتين أو غيرها ».

أما عند الشيعة فانها لو لم يكن لها ولد من الزوج فلا ترث من الأرض لا عينا ولا قيمة وأما من البناء والاشجار والنخيل وسائر ما هو ثابت فى الأرض فانها ترث القيمة لا العين ولو كان لهـا ولد من الزوج فبعضهم الحقها بغير ذات الولد فى عدم التوريث إلا من القيمة والبعض الآخر لم يلحقها بل أعطاها من الميراث ما تشترك به مع الغير عينا وقيمة.

قال فى الشرائع فى المقصد الثانى من كتاب المواريث:

« الخامسة إذا كان للزوجة من الميت ولد ورثت من جميع ما ترك ولو لم يكن لم ترث من الأرض شيئا وأعطيت حصتها من قيمة الآلات والابنية ».

أما الالزام فى البين فانه يكون بالنسبة الى الزوجة التى لم يكن لها ولد فان العامة كما عرفت تورثها والشيعة لا يورثونها من العين فلو كانت الزوجة منا ومات زوجها المفروض كونه من العامة وأعطيت

الزوجة الميراث فلها أخذه منهم نظراً الى الزامهم بما يدينون به . وكـذا الحال فى ذات الولد لو كانت تقلد مجتهداً شيعياً يرى الحاقها بمن لم يكن لها ولد من حيث الميراث فانها أيضا تلزمهم بالأخذ من الميراث .

المورد السادس : الوصية لوارث :

قال فى الموطاء ج ٢ ص ٣٣ .

« وسمعت مالكا يقول السنة الثابتة عندنا التى لا اختلاف فيها أنه لا تجوز الوصية لوارث إلا أن يجيز له ذلك ورثة الميت وانه ان أجاز له بعضهم وابى بعض جاز له حق من أجاز منهم ومن أبى أخذ حقه من ذلك ، راجع فى هـذا الفقـــه على المذاهب الأربعة جزء ٣ ص ٤٣٥ ، ص ٤٦٢ ، ومواريث الأعظمى ووصاياه ص ٩٢ .

أما الشيعة فقد قال المحقق الحلى ـ رحمه الله ـ فى شرائعه فى بحث الوصايا « الرابع فى الموصى له الى قوله وتصح الوصيـــة للاجنبى وللوارث » وحينئذ فلو كان الوارث الموصى له أو المقر له من تابعى أحد المذاهب الأربعة الزم ببطلان الوصية ويأخذ بقيـــة الورثة ذلك المال الزاماً لهم بما دانوا به .

المورد السابع : السلم

قال أبو حنيفة لا يجوز السلم إلا أن يكون جنس المسلم فيه موجوداً حال العقد ووقت التسليم وأما الجعفرية وبقية المذاهب فانهم لم يشترطوا ذلك بل يصح عقد السلم عندهم ولو كان جنس المسلم فيه حين العقد معدوماً .

قال المحقق الحلى فى شرائعه ص ١١٦ من كتاب التجارة « الشرط السادس أن يكون وجوده غالباً وقت حلوله ولو كان معدوماً حين العقد » .

وقال صاحب كتاب رحمة الأمة على هامش الميزان جزء ٢ ص ٦ :

« فصل يجوز السلم فى المعدوم حين عقد السلم عند مالك والشافعى واحمد اذا غلب وجوده عند المحل ، وقال أبو حنيفة لا يجوز إلا أن يكون موجوداً من حين العقد الى المحل » ومثل هذا ما جاء فى الميزان جزء ٢ ص ٨٠ ، وفى بداية المجتهد لابن رشد جزء ٢ ص ٣٠٣ وفى الفقه على المذاهب جزء ٢ ص ٣٠٦ ، ٣٠٧ .

وعلى هذا فيلزم الحنفية كلهم بفساد البيع فى غير هذه الصورة وهى فيما لو لم يكن جنس السلم موجوداً حال العقد .

المورد الثامن ـ الوديعة عند عيال الشخص :

الوديعة عندنا ليست بمضمونه مع المحافظة عليها من غير فرق بين أن يحفظها الانسان عند ولده أو زوجته أو غيرهما بل عند كل شخص يحفظ عنده ماله عادة قال العلامة الحلى فى تبصرته فى البحث عن الوديعة : « ويضمن المستودع مع التفريط لا بدونه » ، وقال المحقق فى شرائعه فى المورد نفسه « واذا استودع وجب عليه الحفظ ولا يلزمه دركها لو تلفت من غير تفريط أو أخذت منه قهراً » .

أما أبو حنيفة ، فقد ذهب الى عدم وجوب الضمان لو أودعها عند من يساكنه من العيال قال فى الفقه على المذاهب ج ٣ ص ٣٤٤ « الحنفية قالوا على أن للوديع أن يحفظ الوديعة عند من يساكنه عادة

من عياله - الى قوله - فاذا دفع الوديعة لولده ونحوه ممن يساكنه من عياله فهلكت عند الثانى فان الأول لا يضمن لانه دفعها لمن يصح أن يحفظ عنده ماله » .

وبناء على هذا ، فلو أودع حنفى وديعة عند شيعى وأودعها الشيعى عند زوجته أو من يساكنه من عياله وتلفت فليس للحنفى أن يطالبه بتلك الوديعة ولا بضمانها لان الشيعى قد أودعها عند من تصح الوديعة عنده ولا شيء عليه الزاما له بما يدين به من عدم الضمان فى هذه الصورة .

المورد التاسع - حج المخالفين :

من الفروع التى وقع الاختلاف فيها بين الفريقين الشيعة والسنة هو - طواف النساء - فبينما العامة لا يوجبونه فى الحج نرى الشيعة يقولون بوجوبه وان لم يكن ركنا من أركان الحج عندهم . وفرعوا على ذلك أن عدم الاتيان به يكون موجبا لعدم حلية النساء عليه ، قال الشهيد الثانى - رحمه الله - فى شرح اللمعة عند التعرض لطواف النساء « ولا تحل النساء بدونه مطلقا حتى العقد » .

ومعنى ذلك أن من حج ولم يأت بطواف النساء فان الشيعة ترى زوجة ذلك الحاج محرمة عليه بحيث لا يجوز وطؤها كما لا يجوز له العقد على غيرها لكونه بعد لا يزال محرماً من هذه الجهة وطبيعى أن يكون نكاحه بعد ذلك باطلا وترتيبا على ذلك فلو حج سنى وكانت له زوجة شيعية أو حجت السنية وكان لها زوج شيعى فان هذا الزوج وتلك الزوجة لا يحل لها

الطرف المقابل . وهكذا الحال فى الحاج السنى بعد حجه فان الشيعة يرون النساء عليه محرمات فلا يسوغ له التزويج بهن وهى مشكلة يبتلى بها كثير من الناس .

ولحل هذه المشكلة يمكننا ذكر الطرق الآتية :

١ ـ جريان قاعدة الالزام فى حق السنى سواء كان رجلا أو إمرأة ، وبطبيعة الحال يكون جريان القاعدة المذكورة فى حقه موجباً لصحة النكاح فى حقه ، واذا صح النكاح فى حقه بواسطة الالزام المذكور كانت المرأة التى عقد عليها بعد حجه زوجة له بحكم الواقع الثانوى فتترتب جميع آثار الزوجية فى البين .

٢ ـ دعوى إمضاء عملية الازدواج معهم بعد حجهم من قبل الأئمة عليهم السلام لابتلاء الشيعة بذلك واختلاطهم معهم مع العلم أنه لم يصدر من الأئمة (ع) ما فيه ادنى اشارة الى بطلان الازدواج مع من حج منهم سواء كان الازدواج قبل حجه أو بعده ، بل لم يصدر من أحد من أصحاب الأئمة (ع) السؤال عن ذلك مع اختلاط الكثير من الأصحاب معهم فى هذه الجهة ، فسكوتهم (ع) وسكوت أصحابهم عن السؤال من أئمتهم (ع) دليل على امضاء عملية الزواج وصحتها فيكون ذلك من قبيل السيرة من الاصحاب وعدم الردع منهم (ع) مع أنها بمنظر وبمسمع ، وذلك دليل على الامضاء والرضا به ، وحينئذ فتكون النساء غير محرمات عليهم بعد حجهم .

٣ ـ اعتبار طواف الوداع فى التأثير كطواف النساء ، فقد اعتبرت العامة فى الحج طواف الوداع والأغلب منهم يرون أنه واجب ولابد من الاتيان به ، قال فى الفقه على المذاهب الأربعة : جزء ١

ص ٥٣١ « أما الطواف فأنواعه ثلثه ركن وهو طواف الزيارة ويسمى طواف الافاضة ، وقد تقدم الكلام على وقته ، وواجب وهو طواف الوداع ويسمى طواف الصدر ، وسنة وهو طواف القدوم » .

وفى مقام ما لو نسى الشيعى طواف النساء فماذا يترتب عليه ، يقول صاحب الجواهر - رحمه الله - (١) « وعلى كل حال فظاهر ماسمعته من النص والفتوى وجوب قضائه وان كان قد طاف طواف الوداع مضافاً الى كونه مستحباً فلا يجزى عن الواجب لكن قال الصادق عليه السلام فى خبر اسحاق لولا ما من الله به على الناس من طواف الوداع لرجعوا الى منازلهم ولا ينبغى أن يمسوا نساؤهم بل عن على بن بابويه الفتوى بذلك إلا أنه قاصر عن المعارضة من وجوه خصوصاً مع إمكان اختصاصه بالعامة الذين لا يعرفون طواف النساء وارادة المنة على المؤمنين بالنسبة الى نسائهم غير العارفات وكون المراد أن الاتفاق على فعل طواف الوداع سبب لتمكن الشيعة من طواف النساء إذ لولاه لزمته التقية بتركه غالباً » .

من هذه العبارة ، عرفنا أن على بن بابويه - رحمه الله - يقول بالاكتفاء بطواف الوداع عن طواف النساء لو نسيه الشخص منا ، ولكن الذى ظهر من صاحب الجواهر - رحمه الله - المفروغية عن أن طواف الوداع يكون قائما مقام طواف النساء لو كان الشخص من العامة لامنا ، ولاجل ذلك حمل الرواية عليه لا على ما استفاده على بن بابويه - رحمه الله - من كون ذلك مطلقاً حتى بالنسبة الى الشيعة لو نسى أحدهم طواف النساء ، وليس ببعيد أن يكون المراد من تعبير

(١) في كتاب الحج عن طبعة إيران .

الامام عليه السلام في الرواية ـ لولا ما من الله به على الناس ـ هم السنة حيث يعبر الأئمة عليهم السلام عنهم بالناس في كثير من الموارد وحينئذ فيكون ذلك من قبيل الحكمة في الاكتفاء بطوافهم الوداعي عن طوافهم النسائي وعلى هذا فان طواف الوداع يقوم مقام طواف النساء بالنسبة الى العامة وحينئذ فيجوز لنا الزواج منهم ، وكذا فسح المجال للشيعة للأخذ منهم .

الفرع الثاني ـ العقد في حال الاحرام :

إذا أحرم الشخص حرمت عليه أمور عديدة ومنها النساء حتى العقد عليهن .

قال المحقق الحلي ـ رحمه الله ـ في شرائعه عند التعرض لتروك الاحرام من كتاب الحج « والنساء وطأ ولمساً وعقداً لنفسه ولغيره وشهادة على العقد » .

أما ابن رشد فيحدثنا عن الحنفية بجواز ذلك حيث قال : في بدايته ص ٣٢٠ ، جزء ١ « واختلفوا في نكاح المحرم فقال مالك والشافعي والليث والأوزاعي لا ينكح المحرم ولا ينكح فان نكح فالنكاح باطل ، وهو قول عمر وعلي بن أبي طالب وابن عمر وزيد بن ثابت وقال أبو حنيفة والثوري لا بأس بأن ينكح المحرم أو أن ينكح »

وبناء على هذا فيلزم من كان حنفياً بترتيب جميع آثار الزوجية لو عقد في حال الاحرام إلزاماً له بما دان به ولا يمكنه التخلف عنه .

المورد العاشر - الشفعة بالجوار :

لم تشفع جميع العامة الجار فى بيع ما يجاوره من العقار بل اختلفت كلمتهم فى ذلك .

قال ابن رشد فى بدايته ج ٢ ص ٢٥٣ « الركن الأول وهو الشافع ذهب مالك والشافعى وأهل المدينة الى أن لا شفعة إلا للشريك ما لم يقاسم . وقال أهل العراق الشفعة مرتبة فأولى الناس بالشفعة الشريك الذى لم يقاسم ، ثم الشريك المقاسم اذا بقيت فى الطرق أو فى الصحن شركة ، ، ثم الجار الملاصق ، وقال أهل المدينة لا شفعة للجار ولا للشريك المقاسم » .

وقال فى الشرايع فى كتاب الشفعة « الثانى فى الشفيع وهو كل شريك بحصة مشاعة قادر على الثمن ويشترط فيه الاسلام اذا كان المشترى مسلماً فلا تثبت الشفعة بالجوار ولا فيما تسم وميز إلا مع الشركة فى طريقه أو نهره » .

إذاً فالشفعة عند الامامية لا تكون إلا بين شريكين بعد الخضوع لشروط مبينة هناك فلا يتمكن الجار من الشفعة بالجوار إلا اذا اشتركا فى طريق خاص على خلاف فى هـذا أيضا ، فبناء على هذا لو كان لسنى جار شيعى وأراد السنى بيع داره فللشيعى أن يشفع بذلك البيع وأخذ ذلك العقار منه إلزاماً له بما يدين به وإن كان فى الوقت نفسه لا تكون هذه العملية مما يقرها مذهب الشيعى ولكن الالزام قد جعلها حكما واقعياً ثانوياً .

هذه هى أهم موارد قاعـدة الالزام ـ وكما أسلفت ـ من العسير أن يحيط الانسان بتمام موارد القاعدة بل الضابط هو أن للشيعى أن يلزم غيره من بقية المذاهب بمـا يدينون به إذا كان ذلك الالزام فى صالحه .

هذا ما تسنى لى جمعه ـ بهذه العجالة ـ من محاضرات شيخنـا الاستاذ ـ دام ظله ـ سائلا المولى عز وجل أن يوفقنى لنشر بقيـة محاضراته القيمة انه ولى التوفيق ؟

فهرست الكتاب

١١٧ - ١٢٨ السرقفلية

١٢٩-١٤٢ تصفية الوقف الذري

١٤٣ - ١٥٨ ازالة الشيوع

٢٥٩ ـ ٢٩٧ قاعدة الالزام

مصادر الكتاب

محاضرات الاستاذ محمود عزمى
القاموس للفيروز آبادى
تابع العروس للزبيدى
لسان العرب لابن منظور
الشرائع للمحقق الحلى
الجواهر للفقيه الشيخ محمد حسن النجفى
العروة الوثقى للفقيه السيد الطباطبائى اليزدى
القواعد للعلامة الحلى
جامع المقاصد للمحقق الكركى
المسالك للشهيد الثانى
التأمين لصالح حمود علوش
بوليصة صادرة من الشركة الامريكية
الوسائل للشيخ الحر العاملى
الوافى للملا محسن الفيض الكاشانى
وسيلة النجاة للسيد أبو الحسن الاصفهانى
تبصرة المتعلمين للعلامة الحلى
المصارف لحسن محمد ربيع
الرياض للسيد مير محمد على الطباطبائى الحائرى
الخلاف للشيخ الطوسى

التذكرة	للعلامة الحلي
شرح أحكام تصفية الأحباس	
التاج الجامع للأصول فى أحاديث الرسول (ص)	لابى السعادات مبارك ابن محمد المعروف بابن الاثير الشافعى
دليل القضاء الشرعى	للسيد محمد صادق بحر العلوم
بداية المجتهد	لابن رشد
التحرير	للعلامة الحلى
القضاء	للشيخ أغا رضا الهمدانى
اللمعة وشرحها	للشهيدين
بلغة الفقيه	للسيد محمد بحر العلوم
مفتاح الكرامة	للسيد محمد جواد العاملى
المغنى	لابن قدامة
الأم	للشافعى
دليل العروة الوثقى	للشيخ حسن سعيد الطهرانى
الموطاء	لمالك
مواريث وصايا	حسين على الأعظمى

جدول الخطأ والصواب

رقم الصحيفة	رقم السطر	الخطأ	الصواب
٨	١٥	أراؤه	أراءه
٣١	٨	تحمل	تحملا
٣٦	٩	شاملا	شامل
٣٨	١١	تضامن	تضامناً
٥٢	٢	والتدست حلم فى وقاات	والتسلم فى وقت واحد
٥٦	٨	يعرف	نعرف
٧٦	١	فرق	فرقاً
٧٩	١٦	مقدار	مقداراً
٨٠	١٦	الكفيل	للكفيل
٨٥	٥	المستلم	المتسلم
٨٨	٤	تعريف	تصريف
٨٩	١	مبلغ	مبلغاً
٩١	٧	وتسعين	وتسعون
٩١	٢٢	باستلام	بتسلم
١٠٤	٨	فلو مالو	فلو
١١٠	٦	عدل معين	عدل معين لزم
١٢٠	٥	الشروط	من الشروط
١٢٥	١٣	ذمته	بذمته

رقم الصحيفة	رقم السطر	الخطأ	الصواب
١٤٦	١٣	الشاع	الشياع
...	١٨	٣٦٤	٢٦٤
١٦٣	١٠	يضع	يصنع
...	١٨	ترتيباً	ترتيبي
١٧٣	١٢	يف	يفىء
...	١٣	يفىء	يفيء
١٧٨	٣	أو كيله	أو وكيله
٢٠٠	٢	عقد	حقه
٢٠٧	١٧	فلم يرى	فلم ير
٢٠٩	١	شبهها	شبههما
٢١٠	٢١	انه	انها
٢١٥	١	فيأخذوا	يأخذون
٢٢٦	٢١	٢٤٤	٢٢٤
٢٣٨	١١	مناف	منافياً
٢٦٣	٩	عن	عنى
٢٦٤	١٩	باطل	باطلا
٢٧٥	١٠	الاستشاد	الاستشهاد
٢٧٥	٨٠	حرام	حراماً
...	..	وحلال	وحلالا
٢٨٧	..	وكالغنى	وكالغبن

يشتمل هذا الكتاب على :

١ ـ التأمين

٢ ـ الأوراق النقدية

٣ ـ اعمال البنوك والمصارف

٤ ـ السرقفلية

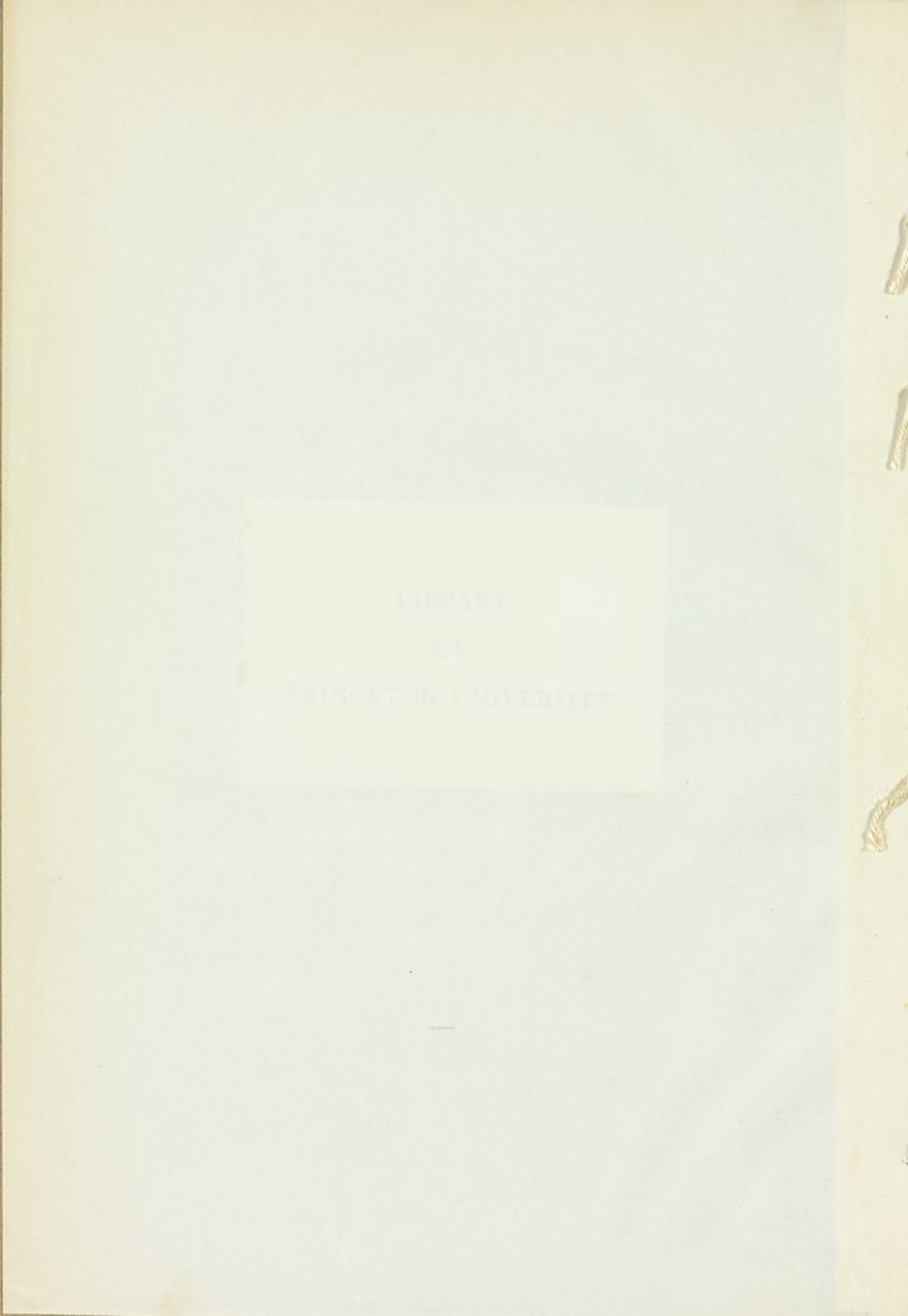
٥ ـ تصفية الوقف الذرى

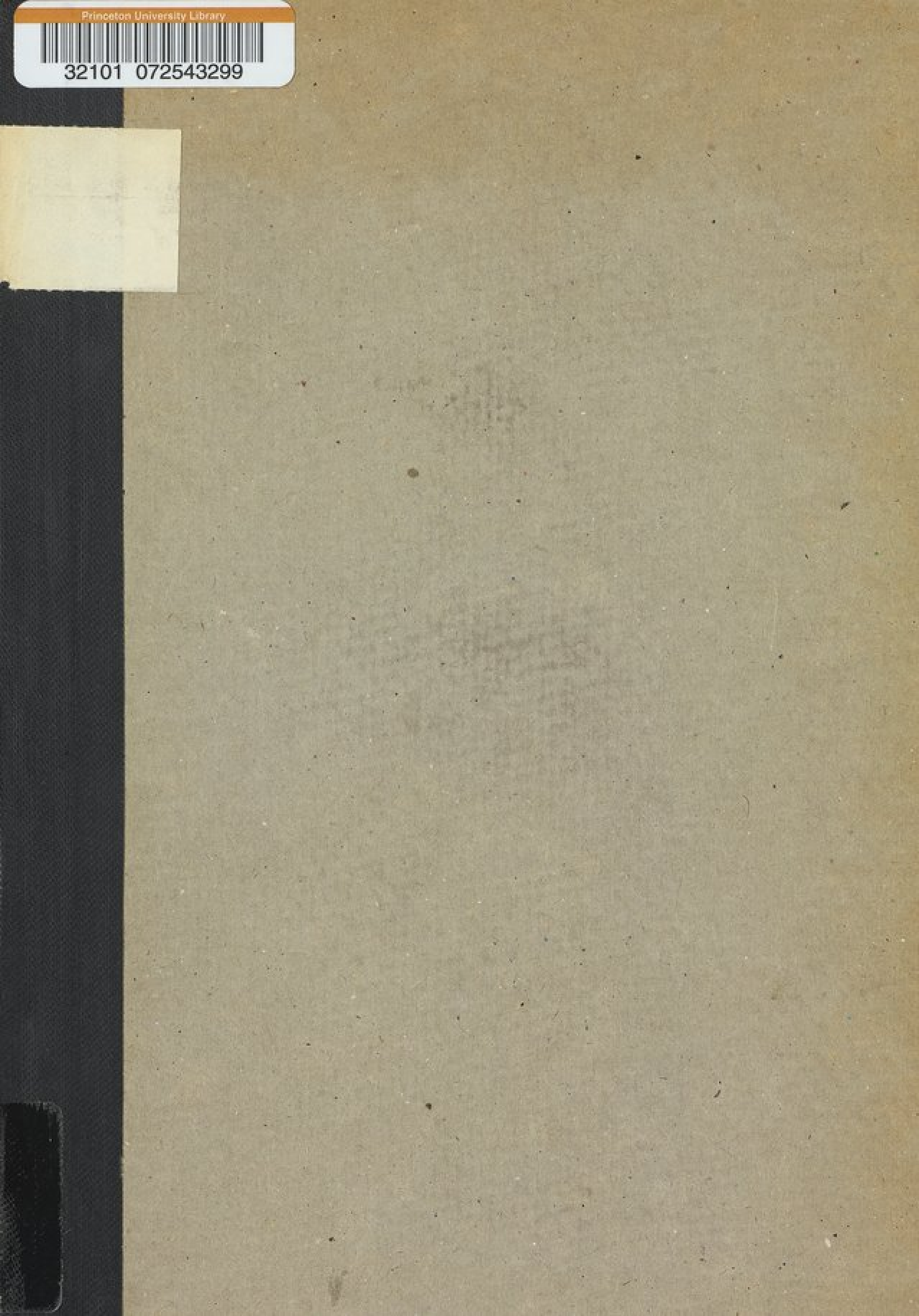
٦ ـ البيع القهرى او إزالة الشيوع

٧ ـ حقوق الزوجية وآثارها الوضعية

٨ ـ الشوارع المفتوحة من قبل الدولة

٩ ـ قاعدة الالزام




Princeton University Library
32101 072543299